

THÈSE DE
PARIS,
1884.
N^o. 51.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

CONDITION JURIDIQUE
DES PÉRÉGRINS A ROME

EN

DROIT ROMAIN

DU CONFLIT DES LOIS FRANÇAISES & ÉTRANGÈRES

relativement

A LA CAPACITÉ DES ÉTRANGERS EN FRANCE

EN

DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

soutenue le mercredi 23 janvier 1884, à une heure et demie

PAR

PAUL GODEFROY

AVOCAT



PARIS

ERNEST THORIN

Libraire du Collège de France, de l'Ecole normale supérieure
des Ecoles françaises d'Athènes et de Rome,
7, RUE DE MÉDICIS, 7

1884

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

CONDITION JURIDIQUE
DES PÉRÉGRINS A ROME

EN

DROIT ROMAIN

DU CONFLIT DES LOIS FRANÇAISES & ÉTRANGÈRES

relativement

A LA CAPACITÉ DES ÉTRANGERS EN FRANCE

EN

DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

soutenue le mercredi 23 janvier 1884, à une heure et demie

PAR

PAUL GODEFROY
AVOCAT

Président : M. DESJARDINS, Professeur.

<i>Suffragants</i> }	MM. VUATRIN	} Professeurs.	
	LABBÉ		
	LEFEBVRE		} Agrégés.
	LAINÉ		



PARIS

ERNEST THORIN

Libraire du Collège de France, de l'Ecole normale supérieure
des Ecoles françaises d'Athènes et de Rome,

7, RUE DE MÉDICIS, 7

1884



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546327_0018

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES SŒURS

DROIT ROMAIN

DE LA CONDITION JURIDIQUE DES PÉRÉGRINS

A ROME

INTRODUCTION

L'étude de la condition juridique des pérégrins à Rome est surtout intéressante parce que l'étude historique, qui en est inséparable, nous montre comment l'étranger dans Rome, hors le droit au début, est arrivé par une progression continue à participer à la vie juridique, comment l'exclusivisme national primitif a cédé la place à un sentiment plus libéral. A l'origine, Rome ne communique pas à l'étranger son droit dont elle est si fière, et elle n'accepte pas chez elle le droit spécial de cet étranger. Combien de choses dans ces simples mots : *Civis sum romanus*. Le peuple qui avait, pour ainsi dire, pris pour devise, au point de vue politique : « *tu regere imperio populos romane memento...* » et au point de vue civil : *Adversus hostem eterna auctoritas esto* », ne pouvait pas faire dans la cité une place bien large aux étrangers.

D'un autre côté, le droit public et le droit privé sont confondus à l'origine, et le droit public domine le droit

naturel. Cette confusion du droit privé et du droit public est un des caractères de l'État antique. Les Romains les distinguent au fond ; mais le droit privé demeure dans la dépendance complète de la volonté de l'État. L'homme, en principe, n'a des droits pleins que comme membre de l'État. Le droit privé, qui aujourd'hui est plutôt reconnu et protégé par l'État, était créé et dominé par l'État romain. La religion même est une institution de l'État ; les dieux de Rome sont essentiellement romains. Le droit, la religion, la tradition étaient pour les Romains un objet d'orgueil national vis-à-vis des peuples étrangers. De plus, Rome pratiquait un régime d'absorption des peuples et elle gardait son individualité. Aussi n'y eut-il pas à Rome un droit international privé. On peut dire seulement qu'il y eut quelque chose de comparable à ce droit, mais un véritable droit international était incompatible avec la domination universelle de Rome et avec les idées et les conceptions romaines qui étaient la négation de la solidarité des peuples et du lien de nationalité. Rome poursuivait sans scrupule l'empire du monde comme un privilège naturel.

Comment sa législation s'est-elle humanisée ? Comment le droit abandonna-t-il son caractère rigoureusement romain pour revêtir un caractère plus général, plus cosmopolite ? Lorsque Rome, par son génie, eût écarté les difficultés qui doivent nécessairement s'opposer au développement d'une cité qui se fonde, lorsqu'elle eût fait le vide autour d'elle en Italie, elle changea sa politique, qui devint moins résistante, plus expansive ; un intérêt bien entendu inspira cette modification, malgré les idées opposées qui formaient le fond du caractère romain et avaient fait introduire au début une politique de concentration. Tout en n'admettant pas qu'il existât un principe supérieur à son autonomie, Rome fut amenée, par le sentiment de sa propre utilité, à relâcher quelque chose de son ancienne rudesse, à faire par-

ticiper l'étranger aux garanties du droit. Le commerce contribua à l'élargissement des idées romaines. Dans cette révolution juridique, il faut aussi faire la part des conceptions philosophiques grecques qui transformèrent l'esprit romain.

Nous nous occupons d'une des divisions qu'on peut faire sur les personnes, celle qui est fondée sur la *civitas*. Certaines personnes n'ont pas la cité; d'autres n'ont qu'un demi-droit de cité. Tous les *non cives* ne nous fourniront pas la matière d'une étude d'une égale étendue. Nous serons amené sans doute à parler des Latins, mais nous traiterons principalement des véritables *peregrini*, ceux des provinces, qui ne jouissent d'aucune latinité ou d'aucune partie du droit de cité.

Nous parlerons d'abord du temps qui s'écoule depuis la fondation de Rome jusqu'au moment où, Rome ayant établi des distinctions et fait des concessions, la condition des étrangers cesse d'être une et identique. A l'origine, l'exclusivisme national est en partie la conséquence du formalisme : Les mots sacramentels, les formules prescrites ne pouvaient être traduites dans une langue étrangère, par suite de la détermination de la forme. Le peuple ne souffrait pas dans les actes du droit civil la langue étrangère. Les actes du *jus gentium* et ceux du droit romain dans un état plus nouveau n'étant liés à aucune formule (car le formalisme est le procédé des législations naissantes), étaient arrachés de l'emploi d'une langue déterminée.

Nous verrons les concessions nécessitées par les faveurs accordées aux peuples vaincus : C'est la partie historique de notre étude. Après avoir parcouru ce que Rome a fait pour le Latium, pour l'Italie, parlé de l'extension légale de l'Italie, de la Constitution de Caracalla, nous aborderons la partie juridique qui s'ouvre avec la création de

la préture pérégrine et l'apparition du *jus gentium*, droit spécial, créé pour les pérégrins, droit positif composé de règles admises chez beaucoup de peuples. Nous rappellerons brièvement les prérogatives du *jus civitatis* pour étudier ensuite la condition des pérégrins à l'époque classique, les cas où Rome consent à appliquer chez elle le droit des pérégrins.

La personnalité du droit romain, et l'exclusion des droits pérégrins, deux règles incontestées à l'origine, deviennent moins absolues. Par une conséquence du phénomène progressif de la civilisation, Rome, au fur et à mesure qu'elle s'éloigne de ses premières années, secoue la rudesse et le matérialisme qui se montrèrent nécessairement à son berceau.

C'est l'histoire des étrangers, l'histoire de leur condition, plutôt que leur condition même, que nous étudierons en premier lieu, en nous demandant qui est étranger à Rome. Nous connaissons ceux qu'on désignait du nom de *peregrini*, terme susceptible de sens multiples, suivant les époques auxquelles nous nous placerons; nous ne prendrons pas chaque classe d'étrangers séparément pour la suivre dans toute son histoire; nous ferons une courte histoire du droit de l'étranger dans chacune des périodes royale, républicaine, impériale. Nous verrons, par une progression d'idées naturelle, l'étranger sans droits, puis au sortir de cette période négative, arrivant à être protégé en fait, grâce au développement du commerce; c'est la pratique de l'*hospitium*; ce sont les premiers germes du *jus gentium*; enfin participant plus directement aux garanties du droit. Rome commence à sortir d'elle-même; elle perd peu à peu de son originalité, en absorbant les autres peuples.

Dans une seconde partie, nous rechercherons la législation qui s'applique aux pérégrins (théorie de l'*origo* et

du *domicilium*); nous verrons les cas dans lesquels Rome admet l'application de la loi des pérégrins.

Notre troisième partie sera consacrée à l'étude de la condition juridique des pérégrins, à Rome, à l'époque classique. (*Civitas*, droits de famille, propriété, donations, successions).

Dans une dernière partie, nous parlerons de la juridiction compétente. (Le préteur pérégrin, le *jus gentium* et ses progrès; procédure.)

CHAPITRE PREMIER

QUI EST ÉTRANGER

HISTOIRE DE LA CONDITION DES ÉTRANGERS

C'est à une étude historique que nous allons d'abord nous livrer. Nous serons forcé de traiter brièvement ce premier chapitre, pour ne pas sortir du cadre que nous nous sommes imposé. Beaucoup de questions pourraient donner lieu à de longs développements ; sur plusieurs, la lumière n'est pas encore faite. Il arrivera que nous affirmerons quelquefois, sans appuyer les affirmations sur des preuves. C'est la condition des étrangers que nous nous proposons surtout d'étudier ; c'est le point de vue juridique que nous considérerons principalement dans un sujet aussi vaste.

SECTION I

Période royale.

En Grèce et en Italie, les tribus et peuplades forment entre elles des ligues, des confédérations. Au centre de la péninsule italique s'étend un espace de quatre cents

kilomètres carrés environ, arrosé par le Tibre et l'Arno, borné des deux côtés par la mer, le Latium, voisin de la Campanie et de la Lucanie. On donne le nom de Latins aux peuplades du Latium, de la Campanie, de la Lucanie et d'une partie de la Sicile.

La nationalité romaine eut trois éléments originaires, les *Ramnes*, les *Titius*, les *Luceres*, l'élément latin, l'élément sabin, l'élément étrusque. Les Latins s'établirent d'abord sur le mont Palatin, les Sabins ou Quirites vinrent de Cures, leur capitale, sous leur chef Tatius, s'établir sur le mont Quirinal, auquel ils donnèrent leur nom. Les Etrusques vinrent s'établir, sous leur lucumo, Cœlius Vibenna, sur le mont Cœlius. Les peuplades du Latium forment la ligue latine, association de trente peuples ou cités : on les appelle *Latini veteres*. Albe-la-Longue en fut le centre ; c'était une association civile, politique, religieuse.

Dans le Latium, au bord du Tibre, s'élevait un plateau formé de sept collines, où se réunirent des tribus voisines qui formèrent un canton. Telle fut l'origine de Rome ; elle était un canton de la ligue latine. C'est sur le Palatin et le Capitole que s'éleva la ville originaire ; sur le Quirinal s'éleva une autre ville : dans chacune de ces deux villes, il y eut un temple à Jupiter, à Junon, à Mars, deux collèges de Saliens, de Luperci, deux *pontifices maximi*, quatre Vestales ; Romulus et Tullus Hostilius furent *Veteres Latini* ; Numa Pompilius et Ancus Martius, Sabins.

La déclaration de guerre est faite suivant un rite religieux par des prêtres appelés *Fetiaux*, ayant un caractère non seulement sacerdotal, mais encore politique et judiciaire. L'institution des *Fetiales* représente, dans la plus ancienne histoire romaine, un règlement déjà salubre des relations internationales. La guerre déclarée par eux est, en quelque sorte, légale (*justum bellum*). Ces rites ont

été empruntés à une tribu voisine, les Equicoles ; ils étaient en général observés par les peuplades de l'Italie, les Albains, les Samnites (Liv. I. 32 ; I 24). Le souvenir du droit fécial s'est conservé très vivace chez les Romains : une inscription latine, découverte en 1862 à Rome, atteste la vénération des Romains pour le roi des Equicoles, à qui était attribuée la création de ce droit ; elle confirme deux assertions ; l'une d'Aurelius Victor : (*de viris illust.* 5). « Le droit fécial, dit-il, a été rapporté par Ancus Martius de chez les Equicoles, et ce droit c'est Rhesus qui l'a imaginé ; » l'autre de Valère-Maxime : « *Ab Æquiculis Septimum Modium, primum regem eorum, et Vertorem Resium qui jus fœciale constituit.* » L'inscription porte : « C'est Fœtor Resius, roi des Equicoles, qui a imaginé le droit fécial, d'où il fut transporté à Rome. »

Il y avait un collège de vingt prêtres, en même temps juges et agents diplomatiques. Une loi attribuait au tribunal des *Fetiales* la connaissance des délits relatifs à l'exercice du droit d'ambassade ; les Fétiaux avaient des attributions ayant trait à l'extradition des citoyens romains ; ils étaient chargés de connaître des traités de paix et de déclarer la guerre. Ils conservent les traités diplomatiques dans le temple de Jupiter Capitolin et veillent à ce qu'ils soient strictement et religieusement observés. Si les Romains les violent, ils offrent en sacrifice un porc à Jupiter, en appelant sa foudre. Si les étrangers les violent, ils s'avancent sur le territoire ennemi pour demander réparation ; ils en réfèrent au peuple, et, s'il y a lieu, déclarent la guerre en lançant un javelot sur le territoire ennemi et en prononçant des paroles sacramentelles, qui nous sont rapportées par Tite Live et Aulu-Gelle (Gell. XVI. 4. Liv. I. 32).

Mais même depuis le traité conclu entre Romulus et Tatius, les Romains et les Sabins ne se fondirent pas

immédiatement; l'usage était d'invoquer les dieux « *populo romano quirilibusque* », dont on a fait plus tard par altération : *populus romanus quiritium*. Ne semble-t-il pas résulter de là que Rome fut formée de la réunion de deux cités ou clans ? Sous Tarquin l'Ancien, le troisième élément vient s'ajouter aux deux autres. A partir de ce prince, il y eut cent sénateurs ajoutés aux deux cents primitifs : ce sont les Etrusques. Comment vinrent-ils s'établir à Rome ? Il y a doute : Ancus Martius se serait entouré de gardes étrusques, commandés par Tarquin qui lui succéda et introduisit à Rome une civilisation plus avancée. Tarquin aurait fait entrer ses compatriotes dans le Sénat, marié sa fille à Servius Tullius qui s'empara du pouvoir. La ville fut alors étendue et entourée d'un mur d'enceinte; c'est de Servius Tullius que date la première constitution de Rome, ou plutôt une constitution dont les éléments ne sont pas tirés exclusivement de la coutume.

On peut, pendant l'époque royale, distinguer deux périodes : la première, jusqu'à Servius Tullius, où Rome fait partie de la ligue latine; la deuxième, à partir de Servius Tullius, où elle s'en sépare et devient indépendante.

A. — *Première période.* — Rome était entourée en première ligne par les cités du Latium; plus loin étaient les Eques, les Herniques, les Volsques, les Rutules, les Samnites : là se borne son horizon. On comprend quelle différence dut être faite entre les Latins et les autres étrangers.

Les Latins, avec lesquels Rome avait conclu un *foedus par*, sont appelés égaux, (*hostes*). *Hostis*, en effet, signifiait d'abord égal, comme nous le dit Festus. « *Ejus enim, generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari jure cum populo romano atque hostire ponebatur pro æquare.* »

Cette égalité existe plutôt de peuple à peuple que d'homme

à homme. Les peuples sont égaux ; Rome ne lutte avec eux qu'après une déclaration solennelle de guerre, nécessaire pour rompre le *fœdus par*, le traité de paix établissant des relations entre les deux peuples en les plaçant sur le même rang. Les *hostes* avec lesquels on est en guerre sont appelés *perduelles*.

Si les peuples latins sont égaux, les individus latins ne le sont pas.

Le latin ne participe pas au culte public (*sacra publica*) ; aussi le pontife qui fait un sacrifice dans le *forum* doit-il se voiler la face, afin qu'un *hostis* ne puisse se présenter à ses yeux. On fait sortir les étrangers (*hostes*) des temples pendant les sacrifices. L'étranger ne peut pas servir deux cultes à la fois. On comprend dès lors toute l'horreur de l'exil dans l'antiquité. L'exilé est celui auquel on interdit l'eau lustrale et le feu du foyer ; il devient étranger, l'exil est une sorte d'excommunication : même après la mort de l'exilé, ses cendres peuvent être violées impunément. « L'exil de nos jours n'est que l'ombre de celui de l'antiquité ; ce n'est plus qu'un changement de résidence, la perte de la patrie ; cette peine n'enlève pas le bonheur, mais seulement la forme locale sous laquelle on en a joui ; la personnalité de l'exilé est respectée partout et partout aussi son droit trouve protection. Tout autre était l'exil de l'antiquité, l'étranger n'a point de droit ; donc celui qui est expulsé de la communauté des associés, ou qui fuit accusé d'un crime n'a plus à attendre en quelque sorte que le sort de la bête fauve, qui erre sans trêve ni repos et que l'on traque partout où on l'aperçoit (1). » L'exil, c'est l'expulsion de l'homme du terrain du droit ; aussi les Romains considéraient l'exil comme une peine si grave que l'accusé d'un crime

(1). VON IHERING. L'esprit du droit rom. T. I. p. 228, 229.

avait jusqu'au jugement la faculté d'arrêter l'enquête criminelle par un exil volontaire.

Le Latin n'a pas de droits politiques. Il n'y a qu'un certain nombre de familles qui constituent la cité, qui participent au gouvernement.

En ce qui concerne le droit privé, le Latin se rapproche beaucoup du Romain ; il a le *jus commercii* dans toute son étendue, notamment il peut figurer dans le *nequm*, le contrat primitif ; il a aussi le *jus connubii* ; ce point a été discuté (1). Tite Live nous apprend qu'en l'an 416, on enleva le *connubium* aux Latins, ce qui prouve bien qu'il leur appartenait auparavant (Tite Live VIII, 14). Peut-être y eut-il entre Rome et les cités voisines des traités établissant la réciprocité, assurant la jouissance des droits privés à leurs nationaux : mais cette hypothèse n'est pas prouvée, ces traités existèrent probablement sous la République.

De l'*Hospitium privatum* et de l'*Hospitium publicum*. — C'est ici le lieu de parler de l'*hospitium*, première forme du droit international privé, qui remonte à la plus haute antiquité : cette pratique explique comment justice était rendue à ceux qui n'avaient pas la cité romaine, avant l'institution du préteur pérégrin. On reconnaît ici l'influence du commerce, qui est un véritable élément de progrès pour le droit international.

Si l'étranger appartient à une *civitas*, dans laquelle il est capable de droits, c'est dans l'*hospitium* qu'il cherchera un refuge à Rome. « Le but de l'*hospitium* n'est pas autant l'accueil hospitalier, bien qu'il le comprenne aussi accessoirement que la garantie réciproque de la protection du droit. L'*Hospes* sauve l'*hostis* des conséquences de sa position d'étranger sans droit et sans protection, en

(1). V. WILLEMS. Dr. public rom. p. 128, n° 4.

mettant le droit de son hôte sous la protection du sien propre et en le soutenant comme le sien devant la justice. » (1).

Quelle était, dans l'*hospitium privatum*, l'étendue du *munus* dont jouissait l'hôte, c'est-à-dire de la libéralité, de la prestation faite en vertu de la seule contrainte morale et religieuse?

L'*hospitium privatum* établissait entre un Romain et un étranger une situation exceptionnelle, qui rapprochait beaucoup ce dernier du Romain; l'*hostis* venant à Rome demandait l'assistance d'un Romain (*hostis petens-hospes*, l'étranger demandant l'hospitalité).

Ce lien purement moral, s'il n'est pas sanctionné par le droit, l'est du moins par les mœurs; la violation de l'*hospitium* constitue un crime infâmant : AULU GELLE place les devoirs de l'hospitalité parmi les plus sacrés... (*Nuits att.* V. 13). Ainsi l'obligation n'a pas de sanction juridique, sa violation en a une; cette situation n'est pas rare en droit romain : le simple pacte n'est pas obligatoire, mais la violation du pacte a une sanction.

Cette institution, produite par l'incapacité juridique de l'étranger à Rome, fût pratiquée par les Romains, tant qu'ils ne connurent pas d'autre droit que leur droit exclusif de cité avec ses symboles et ses formules. L'*hospitium* se contractait au moyen d'une promesse solennelle; c'était un rapport perpétuel établissant entre les familles romaines et étrangères des liens étroits, transmissibles. Mais l'étranger qui voulait avoir des rapports avec Rome, pouvait user d'un autre procédé, qui se rapproche de l'*hospitium privatum* : la clientèle. Les deux institutions se plaçaient en dehors de la cité. Les obligations réciproques qui résultaient de l'*hospitium* étaient presque semblables à celles dérivant de la clientèle.

(1) IHERING, T. I, p. 233. *L'Esp. du droit romain*.

L'une et l'autre institution se résument dans une espèce de contrat de protection par lequel un citoyen romain s'oblige à défendre l'étranger dans sa cité, en échange de certains services à rendre par celui-ci. Toutefois l'*hospes* est membre d'une autre cité autonome ; il a sa patrie ; le client sera un étranger n'appartenant à aucune *civitas* ; il abandonne sa patrie pour se fixer auprès d'un patron (*se applicare*). De plus, l'*hospitium* est un engagement entre égaux et engendre des obligations de part et d'autre ; la clientèle établit non un rapport d'égalité, mais un rapport de subordination ; le patron domine, le client sert.

L'*hospitium privatum* conduisit à l'*hospitium publicum*, qui devait présenter des caractères analogues ; les Romains commencent à soupçonner l'existence d'un droit des gens. L'*hospitium publicum* régit par une formule émanée du Sénat, assurait à l'étranger le respect de son droit national, mais il ne pouvait lui faire acquérir le droit de cité, puisque nul ne peut appartenir à deux cités. C'était un traité par lequel deux Etats s'assuraient réciproquement pour leurs sujets respectifs cette qualité d'hôtes ; il était conclu soit avec un Etat, soit avec un particulier. La clientèle pouvait aussi être publique, s'étendre non-seulement à des individus étrangers, mais encore à des cités. Des villes, des peuples, agissant comme les individus, se mirent sous la clientèle de familles influentes. La *deditio* faisait toujours naître ce patronat ; les Marcelli étaient patrons de la Sicile ; cette pratique est attestée par Cicéron (1). « *In quo tantopere apud nostros justitia culta est, ut ii, qui civitates aut nationes devictas bello in fidem recepissent, earum patroni essent more majorum.* » En Afrique, on trouve aussi des tessères de clientèle et d'hospitalité, consacrant des engagements de protection d'une part et de déférence

(1) Cic. de Off. I, II.

de l'autre entre quelque puissant romain et la ville provinciale dont il acceptait le patronage (1).

Ces traités d'*hospitium* servent de transition à l'organisation juridique des relations internationales. En dehors de la convention, les Romains n'avaient pas à l'origine l'idée d'un devoir quelconque vis-à-vis de l'étranger. Comment s'opéra le passage de l'*hospitium privatum* à l'*hospitium publicum* (?). Un négociant pouvait réussir à se créer des hôtes de tous les côtés : mais cette hospitalité privée ne pouvait suffire pour un commerce étendu, et c'est ainsi qu'il arriva souvent que deux Etats s'assurèrent réciproquement ce rapport. (*Hospitium publicè datum*). Le développement des relations internationales s'éleva d'un degré (2).

Pomponius, dans un texte célèbre (3), nous fait connaître avec netteté l'influence que les traités internationaux ont pu avoir sur la situation des Pérégrins à Rome.

Si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, neque fœdus amicitiae causa factum, habemus, hi hostes, quidem non sunt; quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit, et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum : idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat. »

Nous sommes amené à rapprocher l'*hospitium* du simple *fœdus* et de l'*amicitia*. Les *fœdera* étaient avec les *induciæ* les traités de paix. Ordinairement, le *fœdus*, (*œquum* ou *iniquum*) était conclu à la suite d'une guerre et avait un caractère politique, il réglait définitivement pour l'avenir les relations pacifiques des belligérants.

L'*hospitium publicum* était souvent concédé en recon-

(1) EGGER. Op. cit. p. 188.

(2) IHÉRING. Op. cit.

(3) DIG. 5, 2. 49, 15.

naissance de services rendus, (exemple de *Cœre*); et ne tendait qu'à la protection d'intérêts privés. La réciprocité était de l'essence du *fœdus* et pouvait ne pas se rencontrer dans l'*hospitium publicum*; Rome pouvait accorder ce privilège, sans stipuler la réciprocité.

Les traités d'amitié (*induciæ et fœdus amicitiae causâ factum*), comprenaient le règlement des relations des sujets respectifs des peuples amis, de leurs droits en territoire étranger, et de la protection à eux due par l'autorité locale. Les peuples amis s'engageaient à recourir aux voies d'accommodement pour régler leurs litiges. En cas de lésion de leurs droits, les citoyens de ces pays pouvaient encore recourir à des *recuperatores* institués par le traité. Le Romain jouissait sur le territoire d'une cité amie du *postliminium*, comme s'il était rentré dans les limites de la cité romaine (1). Il y eut un nombre considérable de traités d'amitié renfermant des clauses de ce genre; les exemples d'*hospitium publicè datum* ne sont pas aussi fréquents. Le traité d'alliance est l'*amicitia* avec l'engagement réciproque de s'aider en cas de guerre soit défensive et offensive, soit défensive.

En résumé les pérégrins trouvent dans les mœurs, à l'origine, un secours de fait; les mœurs étaient meilleures que les lois. De plus la convention, les traités leur procurent une protection qui a une efficacité relative: car le commerce qui nécessite de tels remèdes est encore peu considérable. Des traités établissent le *commercium*, dont la concession fait participer l'étranger aux lois romaines sur les biens ou la *recuperatio* institution dont nous parle FESTUS (2):

« *Recuperatio est, quum inter populum et reges natio-*

(1). L. 19. § 3. D. de capt.

(2). FESTUS, V. *Recuperatio*.

nesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per recipiatores reddantur res, recipierenturque, resque privatitas inter se persequantur. » La voie est préparée pour la préture pérégrine.

SITUATION DES ÉTRANGERS NON LATINS.

Ils sont considérés comme ennemis, soit en masse, soit individuellement.

En ce qui concerne le droit public, il n'y a pas de relation régulière de peuple à peuple. La guerre s'ouvre sans déclaration solennelle : *Hostes non sunt* ; ce ne sont pas des égaux, ce sont des ennemis. Les biens qui leur appartiennent sont *res nullius* ; si un Romain s'en empare, c'est par voie d'occupation, il peut s'en emparer par la force, même en temps de paix, c'est-à-dire sans déclaration de guerre ouverte.

Dans les relations privées, l'étranger n'a aucun droit ; cette infériorité des étrangers a pour but d'augmenter les avantages de la cité, l'amour de la patrie, en assurant exclusivement au citoyen la jouissance de tous les droits. Renier par des moyens légaux Rome dans Rome, c'était impossible, du moins à l'époque que nous étudions, pour un peuple si fortement attaché à sa nationalité. Le droit international se réduisait aux droits que deux peuples s'étaient réciproquement concédés dans l'intérêt de leurs relations.

L'étranger peut se mettre sous la protection d'un Romain.

Il s'établit entre le client ainsi protégé et le Romain un lien de dépendance ; le Romain s'appelle patron, (*patronus* dérivé de *pater*) ; l'étranger, client, (de *cluere* écouter, qui implique l'idée de dépendance). On retrouve cette institution chez les Sabins, les Samnites, et aussi à Athènes. L'étranger, ainsi *receptus in fidem*, est obligé à une reve-

rentia complète, il doit, comme client, des aliments à son patron; il doit l'aider à doter sa fille, à se racheter de la servitude, à payer ses dettes, à acquitter une amende, les dépenses des charges publiques. En revanche, il participe aux comices par curies, mais sans droit de voter (1). Il peut agir en justice avec l'assistance du patron, qui doit faire valoir la cause du client, fût-ce contre ses cognats. Il peut assister aux actes publics, mais il n'y joue jamais qu'un rôle secondaire. La clientèle est héréditaire et finit avec l'extinction de la famille soit du client, soit du patron; d'ailleurs l'intérêt réciproque empêche le lien de se dénouer.

Le patron devait aider le client de son crédit, de ses armes, de sa bourse, de ses conseils. Souvent le patron fait au client une concession de terre (*precarium*). Dans la famille, le client participe aux *sacra privata*. Les obligations réciproques ne sont pas sanctionnées par une action en justice; le patron et le client ne peuvent agir en justice ni témoigner l'un contre l'autre. Le droit romain maudissait le fait d'augmenter la mesure conventionnelle des devoirs réciproques du client et du patron. S'ils manquent aux obligations, ils sont voués aux dieux infernaux (*sacri*) et ils peuvent être tués impunément. « *Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*, » dit la loi des douze Tables. Virgile soumet au même supplice celui qui a frappé son père et fait fraude à un client. La religion plutôt que le droit sanctionne les devoirs de clientèle; c'est une ressemblance avec l'*hospitium*.

Denys d'Halicarnasse (Dionys. II., 9) prétend que la clientèle fut instituée par Romulus. Mais une pareille institution ne peut naître que des mœurs et de la coutume, jamais d'une loi. Elle apparaît comme une réaction contre la situation inférieure de l'étranger non latin.

(1) Accarias. T. 1. p. 24.

B. — *Deuxième période.* — Sous Servius Tullius, s'opéra une révolution qui améliora la situation des étrangers. Les Latins avaient le *commercium* et le *connubium*; les étrangers, au contraire, s'ils n'étaient pas clients, jouissaient d'une liberté qui ne valait guère mieux que l'esclavage. Ils cherchèrent à améliorer leur situation; leurs efforts furent secondés par une révolution politique dirigée contre les vieilles familles patriciennes. Les *patres familias* avaient coutume de faire des concessions de terres à leurs clients; ceux-ci cherchèrent à transformer ces concessions temporaires en propriété, à mesure que les liens se relâchaient. Denys d'Halicarnasse (Denys. II, 9, 10) nous fait connaître ces liens à l'origine de Rome. Au commencement de la République les clients sont devenus citoyens.

Servius Tullius avait usurpé le pouvoir contre les fils de Tarquin, malgré l'opposition des patriciens qui voulurent le déposer. Pour leur résister, il s'appuya sur la classe inférieure de la population; mais il chercha à ne donner des droits qu'à ceux qui avaient intérêt au maintien de l'Etat. Il tint compte de la fortune. Il divisa le territoire de Rome en quatre tribus ou quartiers, la population en cinq classes; il créa un magistrat chargé de la répartir, et qui devait inscrire les individus sur les registres du cens suivant la fortune. Les clients qui avaient une certaine fortune devenaient citoyens et acquéraient le droit de suffrage. A ces nouveaux citoyens, Servius impose les charges publiques, l'impôt et le service militaire : à cet égard, la population est aussi divisée en classes; les prolétaires n'y sont pas soumis (ceux qui ne sont inscrits dans aucune classe.) En revanche il leur accorde le droit de suffrage. Les patriciens n'ont donc pu solliciter cette réforme. L'assemblée par centuries remplaça celle par curies. La chute de la royauté ne changea pas la situation de la plèbe, qui lutta pendant deux cents ans

pour acquérir les droits politiques. Elle continua à figurer dans les assemblées par centuries. Les plébéiens sont devenus citoyens.

SECTION II

République.

L'*hospitium* subsiste sous notre période; mais il a perdu beaucoup de son ancienne valeur. La clientèle, dont le caractère essentiel était la protection, eut moins de raison d'être depuis que la cité s'était étendue aux plébéiens. Sous la République, on ne cherche plus à attirer l'immigration; l'aristocratie est intéressée à ne pas multiplier les forces de la plèbe. Si Rome cherche à s'étendre, c'est au dehors : on crée des Romains hors de Rome. Elle cherche à étendre son territoire; elle laisse les étrangers sur le territoire vaincu, ou elle transporte des citoyens au dehors : les éléments des colonies agraires sortaient de la plèbe alors surabondante et turbulente.

A cette époque apparaissent les provinciaux et les *coloniarum*, les *peregrini* et les *barbari*. Le mot *hostes* désigne les *peregrini* en guerre avec Rome (1). Aux vaincus, Rome accorde quelquefois le titre de citoyens, d'autres fois, une situation intermédiaire très variée.

DES PÉRÉGRINS DE L'ITALIE

Examinons la situation des pérégrins de l'Italie depuis le Rubicon jusqu'au détroit de Sicile. Le Nord de l'Italie actuelle formait la Gaule Cisalpine.

Du jus Latii. — Le Ve siècle est rempli par les luttes de Rome contre les peuples de l'Italie. Après la soumission, Rome leur accorde des traités qui règlent diversement leur situation. Les uns conservent leur droit

(1) L. 234, pr. 50, 16.

de cité et leurs lois nationales; (*socii nomenque latinum. socii nominis latini*). Les Latins occupent parmi ces alliés une situation privilégiée; ce sont les membres de l'ancienne ligue latine qui firent des efforts pour secouer l'hégémonie de Rome. La ligue latine est définitivement dissoute en l'an 416 de Rome. Nous voyons apparaître le *jus Latii* de seconde formation, inférieur au *vetus jus latii*. Ceux auxquels est octroyé ce demi-droit de cité n'ont plus le *jus connubii*; ils n'ont plus de droits politiques, ils ont encore le *commercium*, la *factio testamenti*; ils conservent leur droit de cité; ils peuvent acquérir la cité romaine par certains privilèges. Quelle est l'origine de la latinité coloniaire? Il résulte d'un texte de Cicéron (*pro Coecina*, 35) qu'il y avait un droit commun des douze colonies (il conviendrait de corriger le texte de Cicéron et de lire 18), droit qui comprenait le *nexum* ou *commercium*, et la capacité de recevoir par testament : de là un état intermédiaire entre le citoyen et l'étranger. C'est dans ce droit qu'il faut chercher l'origine de la latinité décrite par Ulpien. Ce premier degré de droit de cité fut la récompense accordée aux 18 colonies latines, qui, dans la guerre d'Annibal, demeurèrent fidèles.

Le *jus Latii* fut ensuite concédé à d'autres pérégrins, à des particuliers, à des cités, à des populations entières; à des colonies (*coloniæ latine romanorum*). Après 416, le mot *Latium* désignant la condition des villes du *Latium*, devint une expression juridique et géographique. Il perdit bientôt ce second caractère; en vertu d'une fiction légale, on créa des Latins hors du *Latium*. Les colonies latines ne sont donc pas créées par des Latins ni en territoire latin; elles sont fondées par Rome, recrutées parmi les Romains, ou les pérégrins auxquels elle accorde le *jus latinitatis*. Des colonies latines pouvaient être fondées dans les provinces Les nouveaux latins

s'appellent *Latini coloniarii*. Le *nomen latinum* comprend donc : les *Latini veteres*, auxquels il faut ajouter les Herniques, les Eques, les Volsques ; les *Latini coloniarii*.

Les autres peuples de l'Italie n'ont pas le *jus Latii* ; ils sont simplement pérégrins. On peut les diviser en trois groupes.

I. — *Civitates liberæ et fœderatæ* conservant leurs lois, leurs magistrats, leurs relations extérieures.

II. — D'autres souvent en révolte ne peuvent avoir aucune relation extérieure.

III. — D'autres, alliées aux Carthaginois, pendant les guerres puniques, sont parfois déditices : Ces *civitates* sont dans une situation inférieure, le territoire est confisqué, les habitants ne peuvent arriver à la cité romaine. Les pérégrins avaient sur eux l'avantage de l'indépendance et l'espoir de concessions civiles telles que le *jus commercii* et même du *jus civitatis*.

Des Colonies. — Rome fait à certains peuples une concession plus ou moins large du droit de cité. Pour repeupler les territoires vaincus, surveiller les nouvelles conquêtes, elle fonda de nombreuses colonies : d'abord les colonies romaines en Italie formées surtout de vétérans et de citoyens, ce sont des images de la ville de Rome ; les colons y conservent tous les droits qui constituent le *jus civitatis*, même le *jus suffragii*, dont l'exercice sera seulement rendu un peu plus difficile par l'éloignement de Rome. Rien n'est changé au statut du colon. Tous les citoyens faisaient partie avec des droits égaux d'une cité unique en quelque endroit qu'ils fussent domiciliés. Aussi nous voyons la plèbe réclamer dans son intérêt la fondation de colonies, et des Latins chercher à se faire recevoir dans une colonie romaine, afin d'acquérir tous les droits de citoyen romain.

Il ne faut pas confondre les colonies romaines et les colonies latines. Si des citoyens romains entraient dans une colonie latine, ils consentaient à perdre le droit de cité (1).

Des Municipipes. — Les municipes étaient des cités du Latium ou de l'Italie, indépendantes, auxquelles Rome accorda dans une mesure plus ou moins large le *jus civitatis*, sans leur enlever leur indépendance intérieure; elles prennent alors le nom de *Municipia* : le caractère du municipe, c'est l'autonomie. Rome leur ouvrit la *civitas* pour augmenter leur dépendance, l'autonomie fût restreinte à l'administration intérieure. Il y a des droits et des offices municipaux, des droits et des offices publics; l'habitant des municipes est donc à la fois *municipes* et *civis*. Au reste, il ne jouissait pas de tous les avantages des citoyens qui habitaient Rome; il était *homo novus*, *civis inguilinus*, méprisé par la classe riche et aristocratique. Le municipe peut devenir *fundus* et adopter la loi romaine, mais il peut conserver sa loi; au contraire, la loi du colon, romain ou latin, était celle qu'il avait avant la fondation de la colonie.

Des Populi fundi. — Quant aux *populi fundi*, il n'y a pas pour eux de traité : pas d'engagement ni de leur côté, ni du côté des Romains. C'étaient des cités du Latium ou de l'Italie, adoptant spontanément la législation romaine qu'ils identifiaient avec la leur, se donnant à Rome sans aucune restriction, après avoir abdiqué leur autonomie. Elles

(1) Le qualité de municeps était aussi perdue, si le citoyen était originaire d'un municipe : « *Duarum civitatum civis esse nostro jure civili nemo potest* (Cic.) Toutefois, le Latin qui exerçait une magistrature dans sa ville, devenait citoyen romain et restait *municeps civitatis suæ* (Cicéron explique à Atticus la dualité de patrie). C. Cic. *de legibus* II ch. 1 et 2, *Omnibus municipibus duas esse censeo patrias : unam naturæ alteram civitatis ; ut ille Cato, cum esset Tusculi natus, in populi romani civitatem susceptus est. Itaque cum ortu Tusculanus esset, civitate romanus. habuit alteram loci patriam, alteram juris.*

n'acquéraient pas le droit de cité, mais on leur ménageait certaines facilités pour y arriver; elles devaient adopter la législation romaine dans son ensemble.

Des *civitates sine suffragio*. — La *civitas sine suffragio* était la situation faite aux peuples auxquels Rome ne voulait accorder ni l'indépendance complète, ni le droit de cité; ils perdent leur autonomie, supportent les charges de la cité, sans en avoir les avantages. Ils sont forcés d'adopter les lois romaines. Ils n'étaient pas tous traités de la même manière : quelques-uns étaient privés de leur administration locale; il y avait alors des magistrats envoyés de Rome pour une ou plusieurs années : telle était l'origine des *préfectures*. Quelquefois Rome occupe une partie du territoire conquis et y établit une colonie. La même cité peut donc contenir à la fois des colons et des *cives sine suffragio*. Dans quelques-unes de ces cités, certaines magistratures locales ont subsisté. Les *cives sine suffragio* sont dans une pire condition que les colons, les *municipes* et les *populi fundi*. Aussi cherchent-ils à y échapper.

On voit combien il y avait de degrés dans la *peregrinitas* en Italie; les étrangers pouvaient passer de l'un à l'autre. Les pérégrins ordinaires peuvent acquérir le *jus latinitatis*; les colonies latines peuvent devenir des *municipes*; les *municipes* peuvent devenir colonies romaines, et les colonies peuvent devenir *municipes*; les *municipes* sont jaloux de leur indépendance, le droit de cité est souvent une faveur que Rome leur fait subir; les colonies sont jalouses du droit de cité romaine.

Les *civitates sine suffragio* peuvent ou perdre absolument le *jus civitatis* restreint, ou acquérir le *jus suffragii*, *optimum jus civitatis*. Le *jus suffragii* fut accordé successivement à toutes les *civitates sine suffragio*. A un certain moment, il n'y a plus de *civitas sine suffragio*.

Quant aux personnes, en ce qui concerne le *jus civitatis*, nous avons donc distingué jusqu'ici : les citoyens, les colons romains, les alliés latins, les colons latins, les municipes, *populi fundi*, *cives sine suffragio*, les alliés, (*socii ex jure italico*), les étrangers, (*hostes peregrini*), les barbares.

Les villes libres et alliées de l'Italie conservent leurs lois, leurs magistrats; leur sol est susceptible de propriété quiritaire. Les *civitates liberæ et fœderatæ* aimaient mieux renoncer à leur indépendance relative pour acquérir le droit de cité. Les Italiens se soulevèrent en 663; c'était la guerre sociale qui fut courte et meurtrière; les Italiens y combattaient pour la plus juste des causes. Les Romains, avec leur génie politique, sentant que le danger n'est pas conjuré, bien que vainqueurs et voulant l'écartier, marquent leur victoire par des concessions. Une loi Julia, de 664, permet aux Latins, aux Ombriens, aux Etrusques de prendre la qualité de *populi fundi*; l'effet de cette qualification est d'imposer à la nation dont s'agit l'obligation, *beneficio populi romani*, d'invoquer le droit civil romain devant les tribunaux romains. Tous les Italiens n'eurent pas immédiatement la cité au lendemain de la guerre sociale : l'assimilation se fit progressivement. La loi Plautia Papiria (665. — 89), plébiscite accorda la cité romaine à tous les alliés faisant partie d'une *civitas fœderata*, ayant leur domicile en Italie au moment de la promulgation de la loi, et qui déclareraient dans les soixante jours devant les magistrats, qu'ils adoptaient le droit civil des Romains. Les nouveaux citoyens furent répartis dans 8 tribus seulement, qu'on ajouta aux 35, afin de diminuer leur influence politique. Plus tard ils furent répartis dans les 35 tribus. A la fin de la République, l'Italie entière jouit de la cité romaine.

L'ancienne latinité s'est réfugiée au nord des Alpes,

en Gaule; le pérégrin c'est le provincial. La péninsule forme une cité, la cité romaine. On ne peut dire que Rome soit devenue la capitale de l'Italie : ce qu'il faut constater, c'est la propagation du droit de cité, l'extension du régime municipal. Plus tard seulement, Rome cesse d'être, à proprement parler, un *municipe* pour devenir vraiment la capitale d'un état. La transformation de l'Italie, à la suite de la guerre sociale, devait amener des changements dans l'organisation administrative. Il fallait un pouvoir central, ce fut l'empire.

DES PÉRÉGRINS DES PROVINCES

Les peuples de la Gaule Cisalpine, de l'Espagne, de la Grèce, etc., sont appelés barbares. Par suite des conquêtes, la plupart deviennent des pérégrins (*peregrini provinciales*).

Organisation des provinces. — Il n'y a aucune unité dans le gouvernement des provinces conquises. Chacune recevait souvent une charte qui était parfois violée. Pendant la conquête, le Sénat déléguait un magistrat chargé d'organiser la province; cette délégation s'appelait *provincia*, d'où le nom donné au pays conquis. Le pouvoir était souvent confié au général en chef secondé par des *legati*. Le travail achevé, le Sénat ou le peuple octroyait à la province une formule qui en réglait définitivement l'organisation. Les habitants sont soumis à un impôt personnel, le sol était soumis à un impôt ou redevance. Cet impôt provincial est à la fois un impôt foncier et un impôt sur le revenu. La concession du *jus italicum*, privilège d'espèce fiscale le faisait disparaître.

Le *jus italicum* ne vient pas en troisième dans l'échelle des droits, c'est-à-dire, après le *jus civitatis* et le *jus latii*, et avant la *peregrinitas* : nous faisons allusion à l'opinion de Sigonius qui a été réfutée par M. de Savigny. Le *jus italicum* est une concession terri-

toriale, une fiction juridique qui assimile un territoire extraitalique à un territoire italique; c'est un prolongement légal de l'Italie. Il transforme le sol provincial en *solum italicum* susceptible de propriété quiritaire et affranchit les citoyens du *tributum soli* et du *tributum capitis*.

M. de Savigny a attaché, à tort selon nous, au *jus italicum* un autre effet : la jouissance d'une organisation municipale indépendante.

La *formula* respectait toujours une partie de l'ancienne législation de la province; mais elle imposait de lourdes charges financières, aggravées par les concussions des magistrats. Les provinces étaient en fait à la merci des proconsuls.

Le droit des provinces était infiniment varié; l'organisation différait.

Les ménagements de l'autorité romaine semblaient se mesurer sur le degré de civilisation des peuples soumis plus encore que sur leur importance politique. Nous nous contenterons de dire quelques mots de la Sicile. Rome y avait trouvé des institutions d'ordre public aussi sages que respectées; le Sénat ne changea que ce qui était nécessaire pour assurer le pouvoir de Rome. L'usage des juges arbitres fut maintenu et régularisé (*lex Rupilia*). Une *formula* fut élaborée par les commissaires romains, résumant les anciennes coutumes; les impôts étaient levés par des questeurs envoyés de Rome : cinq villes furent déclarées *immunes*; trois furent déclarées *foederatae* (Messine). Cicéron insiste sur le soin que mit Rome à se concilier l'amitié des Siciliens, en ne leur imposant pas un impôt permanent comme à l'Espagne et à Carthage.

Si on examine une province, on peut y distinguer :
1. Les villes dont les citoyens ont le *jus civitatis* (les *coloniae civium romanorum*).

II. Les villes dont les habitants ont le *jus latinum* (*coloniæ latinæ, oppida latina*).

III. Les villes *pérégrines*, qui sont ou *fæderatæ* ou *sine fædere immunes et liberæ*, ou *stipendiariæ dedititiæ*.

Les *fæderatæ* et les *sine fæderæ immunes et liberæ* ont la *libertas*; c'est-à-dire l'indépendance administrative et judiciaire, et l'exemption de toute espèce de tribut romain; mais celle des *liberæ et immunes* ne dure qu'autant qu'il plaît au peuple et au Sénat romain; car c'est en vertu d'une loi ou d'un sénatus-consulte qu'elles jouissent des privilèges. Quant à la troisième classe, les *stipendiariæ*, elles constituent véritablement la province, elles ont encore une certaine administration locale, mais sont soumises en tout aux gouverneurs, elles payent tous les impôts.

Jusqu'à la fin de la République, les concessions du droit de cité deviennent plus nombreuses : des cités entières reçoivent ce droit. L'extension des conquêtes amena l'établissement de l'empire nécessaire pour donner l'unité de direction. Elle amena aussi une grande réforme dans le droit par l'influence du *jus gentium* sur le *jus civile*. En 511, fut créé un préteur pérégrin à Rome; (jusque sous l'empire, on l'appelle *prætor qui inter peregrinos* ou *inter peregrinos et cives jus dicit*).

SECTION III

Empire.

Auguste se montra avare du droit de cité et tendit à assimiler les provinces à l'Italie; les empereurs suivants achevèrent ce nivellement par la diminution d'impôts, l'introduction de provinciaux dans le Sénat. Claude

proposa un sénatus-consulte qui accorda à la Gaule le droit de cité; Néron l'accorda à la Grèce. A partir du II^e siècle, les empereurs purent être choisis en dehors de Rome et de l'Italie.

L'unification se fait progressivement. Adrien inspira ou ordonna l'*edictum perpetuum* de Julien, dont le travail n'aurait porté que sur l'édit du préteur urbain. Marc-Aurèle unifia la législation des provinces sous le nom d'*edictum provinciale*; enfin Septime Sévère et Caracalla complétèrent l'unité de législation.

EDIT DE CARACALLA

L'an 212, Caracalla, par une Constitution célèbre (1) étendit le droit de cité à tous les sujets de l'Empire; déjà auparavant les concessions individuelles de la cité s'étaient multipliées; d'ailleurs le titre de citoyen avait bien perdu de son prestige. On discute sur le motif et sur l'étendue de la concession, sur laquelle les contemporains ont presque gardé le silence, au point que Justinien (2) a pu se tromper sur son auteur et l'attribuer à Antonin-le-Pieux: c'est ce qui prouve que cette concession était préparée de longue date et n'était pas soudaine; autrement elle tiendrait une plus grande place dans les écrits des juriscounultes. Elle n'était que le couronnement des concessions faites sous la République et l'Empire. Marc-Aurèle n'avait-il pas accordé déjà le droit de cité à tous ceux qui le demandaient et qui pouvaient payer une certaine somme (3).

En ce qui concerne la raison, on a dit que cette bien-faisante réforme, à laquelle un empereur peu digne a eu le bonheur d'attacher son nom, a eu sa source dans les

(1) D. Loi 17, 4, 5.

(2) Nouvelle 78, ch. V.

(3) *Data cunctis promiscuè civitas romana*, dit Aurelius Victor, Demangeat. T. I, p. 164.

besoins généraux de l'époque, et Papinien n'aurait pu être indifférent à cette grande mesure que Mécène avait déjà suggérée à Auguste. Le grand travail de cosmopolitisme ne se fit que sous les Antonins; Auguste résista au conseil de Mécène d'accorder la cité aux sujets de l'Empire. Nous préférons croire que cette concession fut un expédient de finance; c'est l'attestation souvent reproduite d'après Dion Cassius. Caracalla a conféré le droit de cité pour augmenter les ressources du fisc, et non poussé par l'idée de la fraternité des peuples. La mesure est purement fiscale; désormais Latins des colonies et pérégrins des provinces, entrant dans la cité, durent payer la *decima hereditatum* (qui remplace la *vicesima*); hérédités, legs, donations à cause de mort, affranchissements étaient frappés par cet impôt.

Quels étaient les caractères de la disposition? « *In orbe romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives romani effecti sunt.* » La mesure ne concerne que les personnes, la distinction entre le sol provincial et le sol italique subsiste jusqu'à Justinien. Malgré l'esprit fiscal qui anime le décret de Caracalla et qui nous empêche de nous étonner qu'il émane de lui, on peut dire que la concession dut contribuer au progrès de l'égalité entre les sujets de Rome et diminuer le nombre des villes qui conservaient à l'égard de la capitale l'apparence d'un rôle indépendant.

En dehors de cette immense unité, il n'y avait plus que les nations barbares, les pays où finissait la paix romaine, comme dit Sénèque, *gentes in quibus pax romana desinit*. Les relations internationales sont changées en relations purement administratives. Avec les lois Julia et Plautia nous avons vu la fusion des nationalités italiennes dans l'unité romaine; avec la constitution de Caracalla, tous les ingénus de l'empire deviennent citoyens.

Quant à la portée de cette concession du droit de cité, voici d'après nous ce qui doit être admis. La concession est temporaire, elle ne s'applique pas à l'avenir; elle s'étend seulement aux pérégrins provinciaux, ingénus actuels de l'empire : ce qui le prouve, c'est que des constitutions postérieures accordent le droit de cité à de nouveaux sujets (L 1, Code Théod. VIII, 13). Sont encore exclus : les esclaves, les citoyens qui ont perdu le droit de cité par suite d'une condamnation, les affranchis Latins Juniens et détitices. Les lois Junia Norbana et Ælia Sentia n'ont pas été abolies par le décret.

Après Caracalla, *ingenus et civis*, étranger et barbare deviennent synonymes. L'union est faite dans l'administration ; les lois, la politique. — Une seconde unification fut réalisée par le christianisme ; la religion arrive à l'unité. — Une troisième unification fut réalisée par Justinien, qui introduisit l'égalité même quant aux choses : « *Differentia nec in rebus apparet* ». L'unité de propriété est créée ; l'assimilation avait été préparée par l'expansion du jus *italicum* (Const. code de nud. jure).

Ajoutons comme élément de l'unification dernière, le droit prétorien, — les tendances à appliquer aux provinces le droit romain, l'influence du droit naturel et du droit des gens. Le droit romain, rajeuni, humanisé, a inspiré plusieurs législations modernes de l'Occident.

Quels sont les étrangers que le Bas-Empire nous présente : La condition de l'étranger est une, de même qu'à l'origine de Rome. Les dangers de l'invasion des barbares ont eu pour effet d'aggraver la situation qui leur était faite. Leur condition civile était inférieure à celle des anciens pérégrins. Les constitutions ont interdit le négoce avec des barbares ; d'autres ont interdit l'usage du costume barbare. La succession du barbare mourant en territoire romain est déferée au fisc (L 1, 2, code 4, 41 et 2, code IV, 63).

CHAPITRE II

QUELLE EST LA LÉGISLATION QUI S'APPLIQUE AUX PÉRÉGRINS

Avant l'époque de la dissolution de la ligue latine, nous avons peu de renseignements sur les *Latini veteres*. Nous connaissons après cette époque la situation des *Latini coloniarii* et des pérégrins. Nous parlerons principalement des pérégrins provinciaux et nous nous placerons surtout après la dissolution de la ligue latine (416).

L'Etat romain était un agrégat de colonies, de municipes ayant chacun sa constitution plus ou moins indépendante, ses magistrats, sa juridiction, même sa législation : les habitants appartenaient ou à la ville de Rome ou à une commune (*civitas*).

De l'*Origo*. — L'*origo* (ou *patria*), le *domicilium* ont exercé une influence considérable sur la condition des pérégrins. Le *jus originis* n'impliquait que la qualité de sujet de Rome, et non celle de citoyen romain. L'*origo* est le lien auquel une personne est attachée par sa naissance ou un fait produisant certaines circonstances analogues. Chaque individu est en rapport immédiat avec la loi de sa cité propre ; or, ce rapport peut s'établir par l'*origo*, qui s'acquiert ordinairement par la naissance (1) ; c'est la voie

(1) Loi 7, C. L. 10. T. 39.

commune de la propagation de la population municipale.

Le *jus originis* s'acquiert encore : en second lieu, par l'adoption : L'adopté ne perd pas l'*origo* de sa naissance ; il était donc *municeps* de deux villes en acquérant l'*origo* de l'adoptant (1). En troisième lieu, l'*origo* dérive de l'*allectio*, concession de l'*origo* par les magistrats municipaux (2) ; et en dernier lieu, de la *manumissio*. L'affranchi et ses enfants suivaient l'*origo* du patron. S'il y a plusieurs patrons, l'affranchi suit l'*origo* de chacun d'eux. Si un patron a plusieurs *origines*, il les cumule toutes (3).

La théorie de l'*origo* s'applique-t-elle aux étrangers ? Il semblerait qu'il y a, à ce sujet contradiction entre deux textes, l'un d'Ulpien, formant la loi 1, D. L. 50., T. 1.

Municipem aut natiuitas facit aut manumissio, aut adoptio.

L'autre, formant la loi 7 C. l. 10. T. 39.

Cives quidem origo manumissio, allectio vel adoptio. Incolas vero domicilium facit.

Nous croyons que cette contradiction s'explique par la différence des époques. Le texte d'Ulpien se réfère au temps d'Adrien, où l'on distingue encore le *municeps* et le *civis*. La constitution de Dioclétien est postérieure à celle de Caracalla : alors l'expression *civis* convient à tous les sujets de l'empire ; à l'époque d'Ulpien, elle ne s'applique qu'aux membres des cités indépendantes ; mais elle désigne ordinairement le citoyen de Rome, elle ne pouvait donc s'appliquer à un individu quelconque, par rapport à son *origo*, le *jus originis* n'impliquant pas la qualité de citoyen romain.

(1) Loi 15, § 3. D. L. 50, T. 1.

(2) Sur l'*allectio*. L. 7 C. de *Incolis*. Tacite : Annales, IV, 43.

(3) En principe, l'*origo* ne peut pas se perdre. L. IV. C. X, 38. Il y a exception, lorsque l'abdication de la patrie concourt avec la naturalisation dans une cité non romaine. En effet, *duarum civitatum civis esse nostro jure civili nemo potest*, dit Cicéron.

La suite du texte d'Ulpien prouve que l'expression qu'il emploie n'est pas exacte.

Et propriè quidem municipes appellantur muneris participes, recepti in civitate, ut munera nobiscum facerent : sed nunc abusive municipes dicemus, suæ cujusque civitatis cives :

La première phrase d'Ulpien répond parfaitement à l'idée que nous nous faisons des municipes. Pour désigner de nouvelles classes d'individus, comme on ne pouvait leur donner le nom de *cives*, on les appela *municipes*, alors même que leur *origo* ne fut pas un *municipium*, qu'elle fut, par exemple, une préfecture ou une colonie. Ce mot désigne donc tous les pérégrins qui ont une *certa civitas*.

Le mot *abusive* est pris ici dans une double signification (1). La première (*municeps* pour *civis* en général), contraste avec l'ancienne signification propre et rigoureuse dont parle le texte d'Ulpien. La seconde est que *municeps* ne s'applique pas uniquement aux municipes, mais aussi aux colonies et aux villes de provinces mentionnées au § 2. Dans ce §, nous apprenons que la théorie de l'*origo* ne s'applique pas seulement à l'Italie, mais encore aux provinces.

Qui ex duobus igitur Campanis parentibus natus est, Campanus est. Sed si ex patre campano, matre puteolana, æque municeps campanus est : nisi forte privilegio aliquo materna origo censeatur. Tunc enim maternæ originis erit municeps.

Ulpien emploie encore le mot : *municeps*, appliqué aux provinciaux : (2)

(1) SAVIGNY. T. VIII.

(2) Ajoutons un autre texte. L. 37, pr L. 50, T. 1. (*Callistratè*). *De jure omnium incolarum, quos quæque civitates sibi vindicant, præsidium provinciarum cognitio est. Cum tamen se quis negot incolarum esse apud eum præsidem provincie agere debet,*

On a voulu conclure d'un texte d'Ulpien, formant la loi. 190. D. liv. 50. T. 16. (Ulp. liv. 34, *ad edictum*); qu'on ne tient compte dans les provinces que du domicile.

Provinciales eos accipere debemus, qui in provincia domicilium (habent), non eos qui ex provinciâ oriundi sunt.

Cette loi et la loi 1 du même titre sont toutes deux d'Ulpien. Le jurisconsulte serait-il en contradiction avec lui-même ? Nous croyons que la loi 190 a une fausse apparence de généralité. Ce passage d'Ulpien a été par erreur enclavé entre deux passages de Paul tout à fait étrangers à notre matière. Le texte d'Ulpien se rapporte à une application spéciale : il est interdit à un gouverneur d'épouser une *provincialis* de son ressort ; or les femmes, qui ont leur *origo* ou leur domicile dans la province sont mises sur le même rang.

Depuis Caracalla, la théorie de l'*origo* s'étend à tout l'empire. On se sert aussi du mot *patria* : *Omniibus municipibus*, dit Cicéron, *duas esse censeo patrias; unam naturæ, alteram civitatis; habuit alteram loci patriam, alteram juris* (1). Cicéron se place après la loi Plautia ; il ne parle que des citoyens des villes italiennes. Dans la loi, 33, ad. Mun. L. 1, Modestin, parlant tout à fait en général, suivant le droit de son temps, comme Cicéron, dit : « *Roma communis nostra patria est.* »

La théorie du *domicilium* (2), qu'il faut distinguer de

sub cujus cura est ea civitas, a qua vocatur ad munera, non apud eam, ex qua ipse se dicit oriundum esse. — Les difficultés en matière d'*origo* ou d'*incolatus*, sont de la compétence du *præses*, et on doit agir devant le président de la province, dont fait partie non la ville à laquelle ce *municipes*, cet *incola* prétend appartenir, mais celle qui réclame pour faire contribuer aux charges civiles, le *municipes*.

(1) Cicero. de legibus. 11, 2.

(2) L. 7. C. L. x. T. 39.

l'origo, s'applique aussi aux provinces. Le domicile est au lieu où une personne a son principal établissement; elle y a sa *domus*; elle est *incola*. Celui qui a son *origo* dans un lieu, est *civis* ou *municeps* de ce lieu; *l'origo* ou *patria* c'est le lieu de naissance. *Incolas domicilium facit* (1).

Quels droits engendraient *l'origo* et le *domicilium*? Quelles charges en résultaient?

L'influence produite par le *jus originis*, le *jus incolatus* est triple, d'après M. de Savigny (2).

1° *Influence quant aux charges municipales; munera publica ou civilia* (3). — On est soumis aux *munera* dans la ville où on a son *origo* et dans celle où on a son domicile. S'il y a cumul d'*origines*, il y a cumul de *munera*.

2° *Quant à la juridiction à laquelle une personne est soumise*. — *Actor sequitur forum rei* : le *forum*, c'est le lieu d'*origo* et le lieu de domicile du défendeur, sans parler du *forum contractus* et de Rome.

Le défendeur peut-il être poursuivi devant le tribunal de *l'origo*?

Un texte de Gaius, formant la loi 29, ad. Mun. répond à la question, et exprime clairement la règle :

Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis erit, nec tantum municipali jurisdictioni in utroque municipio subjectus est rerum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet (4).

Il est impossible de nier la compétence des magistrats municipaux dans les provinces (5). Le texte que nous venons

(1) L. 10. T. 39. Loi 7. C.

(2) Savigny. T. VIII, § 350 à 359.

(3) Loi 22. § 2. D. L. 50 T.

(4) Comp. Pauli, sent. L. — II. T. XXV, § 4.

(5) Cette compétence est reconnue par la loi de Malaga, ch. 65.

de citer, établit une identité de rapports entre les charges municipales et la juridiction.

Chacun peut être cité comme défendeur dans toute ville où il a droit de cité, comme aussi dans celle où il a un domicile. On peut s'étonner de voir si rarement mentionnée la juridiction fondée sur le simple droit de cité, bien qu'elle existe : cette rareté ne peut s'expliquer que par le manque d'intérêt. Car, en principe, la juridiction du défendeur est dans la ville à laquelle il appartient ; or un individu appartient à une ville tant à cause du droit de cité que du domicile (1).

Les textes existent pour prouver la compétence du tribunal du domicile (2). Les magistrats municipaux, dans les provinces, sont donc compétents.

3° *En ce qui concerne le droit local* ; la loi de l'*origo*, et celle du domicile peuvent se trouver en conflit.

1. Si l'*origo* et le *domicilium* sont dans la même ville, il n'y a pas de conflit possible, si cette ville est une *civitas libera* hors de l'*orbis romanus*, qui a conclu avec Rome un *foedus par* ou *impar* ; le *civis* ou l'*incola* est régi uniquement par la loi de sa cité (*jus civile*, — *jus proprium ipsius civitatis*) (3).

S'il s'agit d'une ville sujette de Rome, colonie romaine, *civitas sine suffragio*, *municipium*, *populus fundus* ; le droit romain s'applique : il s'applique en concours avec le droit national si on est en présence d'un *municipium*.

Les provinces obtiennent souvent la permission de conserver leurs lois nationales, sous le gouvernement d'un proconsul. Le *senatus-consulte* sur les *Termessiens* de *Pisidie* (4). (*Lex Antonia de Termessibus*) un des rares

(1) SAVIGNY. T. 8.

(2) Loi. 19. § 4 *de judiciis*.

(3) Loi 9. D. 1, 1. *Gaius*. Comm. 1, § 1.

(4) La *lex de Termessibus* (683), qui concéda la liberté aux habitants de *Termessus*, est un texte important pour l'étude de la *libertas*.

monuments du droit public des Romains, avant l'ère chrétienne, autorisa la ville de Termessus, en Pisidie, à conserver son autonomie. Ce senatus-consulte qui était à proprement parler, un décret d'organisation, reconnaît aux habitants la propriété publique et privée régie d'après leur loi primitive (Ch. 2 et 3). Une table de bronze, au musée de Naples, conserve ce fragment de l'histoire de Rome, qui est précieux, parce que c'est un des documents qui permettent d'apprécier, sous sa forme originelle, la langue diplomatique des Romains. Les documents, qui nous expliquent la politique des Romains envers les vaincus, sont rares (1).

Il y a aussi dans les provinces des villes qui ont perdu leur autonomie, qui sont régies par un droit, né de la fusion de la loi romaine et de leur loi nationale, qui est constaté dans l'*edictum provinciale*. Cet édit est souvent une reproduction de l'édit du préteur pérégrin, mais le proconsul n'est nullement obligé de s'y conformer.

Ainsi les *peregrini*, membres des *liberæ civitates* de l'*orbis romanus* ou provinciaux, sont régis par le *jus gentium* et subsidiairement par le *jus civile* des *liberæ civitates* et le *jus provinciale* qui réunis forment le *jus peregrinorum*.

II. Si l'*origo* et le *domicilium* ne sont pas dans la même ville et que les deux villes ne soient pas soumises à la même législation, l'individu est soumis aux *munera* dans les deux villes (2). Quant à la juridiction, le cumul est encore possible; le demandeur a le choix. Il nous reste à étudier ce qui concerne le droit local. Supposons un

(1) Voir EGGER. Etudes historiques sur les traités publics, chez les Grecs et chez les Romains.

(2) Les citoyens des municipes pouvaient cumuler des fonctions publiques à Rome et dans leur ville natale.

étranger domicilié à Rome, comment régler son état, sa capacité ?

Quant aux lois de police et de sûreté, ou celles ayant pour objet de régler une matière d'ordre public, comme les lois sur l'usure, elles s'appliquent aux étrangers.

Quaant au droit privé, l'étranger qui a son *origo* dans une cité libre, indépendante, jouit uniquement du *jus gentium*; il ne peut invoquer son droit national. Celui qui est originaire d'une cité dépendante de Rome, en Italie, ou en province, est soumis au droit romain, dans les dispositions qui constituent le *jus gentium*. Il n'y a pas à distinguer s'il est originaire d'une colonie ou d'un *municipium*; le droit national n'est pas applicable. Si, par faveur spéciale, l'étranger jouit du *jus commercii* ou du *jus connubii*, on applique le droit civil romain.

On admettait cependant à Rome, en certains cas, l'application des lois étrangères. Mais cela n'avait lieu d'une façon certaine que lorsqu'il s'agissait de rapports entre pérégrins appartenant à la même nationalité, en un mot lorsqu'il y a une seule loi étrangère à appliquer. Le droit romain n'eut jamais à résoudre de véritables conflits de législations.

La validité d'un testament fait conformément au statut personnel du *peregrinus* ressort *a contrario* de ce que dit Ulpien au titre 20, § 14, reg. En appliquant la loi du *peregrinus*, les Romains ne résolvaient pas un conflit de législations; à leurs yeux la loi n'a qu'une souveraineté personnelle; la *civitas* est une prerogative personnelle, d'où l'application de la loi qui résulte de la *civitas* doit être personnelle. Il y a pour les Romains corrélation étroite entre le droit auquel la personne se considérait comme soumise et celui de la cité à laquelle elle appartenait : « *si alio jure civitas ejus utatur*, » dit Gaius, comm. III. § 120. *Quoniam nullius certæ civitatis civis est*; » dit Ulpien, *Regula*. XX, § 14.

Un sénatus-consulte de 576, rendu à raison de services spéciaux, en faveur de trois étrangers, Asclépiade de Clazomène, Polystrate de Caryste, Meniscus de Milet, leur accorde le droit d'être jugés à Rome suivant leurs lois nationales.

Entre pérégrins et citoyens romains, on appliquait le *jus gentium*.

Entre pérégrins, appartenant à des cités dont le droit propre différait, les rapports étaient régis par le *jus gentium*. Si le *negotium juris* prend naissance entre parties d'une même cité pérégrine et se forme en dehors de la cité des parties, ces pérégrins pourront à Rome constater leurs obligations par des *syngraphæ* ou des *chirographa*. (1) En supposant une obligation née entre un citoyen romain et un pérégrin, elle ne pourra être établie que par un mode de preuve du droit des gens, non par *syngraphæ* (2).

Dans les passages des jurisconsultes, qui expriment l'admission du droit de cités pérégrines, il s'agit du droit de *civitates liberæ* comprises dans l'*orbis romanus*. On ne cessa jamais à Rome d'exclure le droit d'Etat souverain étranger, le droit des *liberi populi* qui ont conclu avec Rome un *foedus par* ou *impar*.

Telles sont les règles qui gouvernent les relations des pérégrins entre eux ou avec les Romains. Terminons en disant que les Romains n'ont pas connu la règle

(1) Gaius. C. III, § 134.

(2) Il serait cependant possible de trouver mentionnés dans les textes des *syngraphæ* constatant surtout des prêts d'argent conclus à Rome entre citoyens romains et provinciaux ou membres de *liberæ civitates* ou pérégrins. (Egger. Traités publics chez les Grecs et les Romains), p. 176, 177. Cicéron ; (*ad. Atticum ep.* 6, 1, 2., et V. 21, à propos de la créance de M. Scaptius et P. Matinius contre la ville de Salamine. Nous lisons le passage suivant : « *si præfectus vellet esse syngraphæ causa, me curaturum ut exigeret.* »

locus regit actum. On a voulu en voir l'application dans quelques textes (3), dont l'interprétation, à notre avis, ne suppose par nécessairement la reconnaissance à Rome de cet adage.

(3) D. Loi. 34 de *reg. juris* ; L. 6 de *evict.* ; L. 1 pr. de *usur.* et *fruct.* ; L. 31. 20 de *ædil act.* Code. L. 1. Liv. 8. T. 49 ; L. 2. Liv. 6. T. 32 ; L. 9. Liv. 6. T. 23.

CHAPITRE III

DROITS ACCORDÉS AUX ÉTRANGERS

Après avoir vu l'histoire de la condition des étrangers, la loi qui leur est applicable, nous devons étudier la condition des étrangers en elle-même. Quels droits leur étaient accordés ? Nous nous plaçons à l'époque classique; nous avons vu qu'antérieurement à cette époque, il se fait un travail de formation; on façonne en quelque sorte un droit pour les pérégrins; on se voit forcé de les admettre à la vie juridique, de les faire participer aux garanties du droit, les secours de fait trouvés dans les mœurs étant devenus insuffisants.

Voyons brièvement les prérogatives composant le droit de cité à Rome : c'est un préliminaire indispensable de l'étude de la condition des pérégrins; celle-ci apparaîtra plus nette.

En ce qui concerne les droits publics, le premier, le plus important des droits du citoyen romain (*civis romanus optimo jure*), est le *jus suffragii*, droit de voter au sein des comices, puis le *jus honorum*, droit d'arriver aux magistratures, etc. On peut signaler des droits qui constituent en même temps des charges; notamment, droit et obligation de se faire recenser, etc. Tous les droits publics

ou politiques étaient inaccessibles aux pérégrins. Cependant les *Latini veteres* avaient le *jus suffragii*, lorsqu'ils avaient leur domicile à Rome, mais seulement dans les comices par tribus; ils étaient classés dans une seule tribu tirée au sort. C'était un souvenir du droit de vote, qui appartenait aux clients autrefois étrangers, dans les comices par centuries. — Mais les conditions d'éligibilité étaient plus rigoureuses que celles du suffrage, et les *Latini veteres* n'avaient pas le *jus honorum*.

Les droits privés sont le *connubium*, le *commercium* et les droits qui en dérivent. Le *connubium* était le droit de contracter un mariage tel qu'on pût figurer dans une famille romaine. Le droit de contracter de justes noces comprend : la *patria potestas* avec ses conséquences, — l'*agnatio* — l'*hereditas*, — la faculté d'avoir la *manus*; — la tutelle légitime. — Le *jus commercii*, c'est le droit d'acquérir la propriété romaine, le véritable *dominium*; le pouvoir de figurer dans une mancipation. Ce droit est la source de beaucoup d'autres, notamment du droit de recevoir par testament. L'étranger ne pouvait prétendre à ce droit, ni même servir de témoin dans la mancipation.

Ni la *mancipatio*, ni la *cessio in jure*, ni l'*usucapio* ne pouvaient faire acquérir au pérégrin la propriété romaine. — Les propriétés, les mariages des pérégrins n'étaient pas munis des garanties efficaces que le droit civil avait établies pour les institutions romaines.

Quant aux contrats, les uns, contenant des éléments artificiels et arbitraires, sont tout à fait romains et sont réservés aux citoyens; ce sont les contrats *verbis* et *litteris* qui se distinguent par une organisation civile. Les formules dans lesquelles il faut enchâsser la convention, sont de pure création légale et l'obligation d'y recourir dénote un formalisme qui n'est ni de tous les temps, ni de tous les pays. (Accarias, T. II, p. 195).

Il s'agit donc de faire bénéficier les pérégrins des effets des institutions dont jouissent les citoyens. Les Romains ne communiquent pas en général le bienfait des institutions quiritaires, œuvre du génie national, et qu'ils se réservent d'une façon plus jalouse : ils créent sans rien détruire, modifiant le moins possible, respectueux de la tradition, et n'oubliant pas l'énergie native de leur droit ; ils créent des institutions rivales de celles appartenant au *jus civile* proprement dit et presque équivalentes. La dénomination qu'on leur donne marque leur filiation, et les distingue des autres (mariage du droit des gens). L'usage ingénieux du *jus gentium* facilita aux pérégrins la participation au droit civil dans ce que ce dernier avait d'incommunicable directement, tant à cause de son formalisme qui empêchait que les exigences d'une vie commerciale à son début y trouvassent satisfaction, que de son insuffisance. Le *jus gentium* était plus souple et résistait moins que le *jus civile* à la solution des questions qui devenaient plus variées, à mesure que les relations s'étendaient ; d'ailleurs la loi étrangère eût aussi été trop étroite. Le *jus gentium* forme donc la règle des rapports entre pérégrins ou entre pérégrins et Romains ; c'est une sorte de droit international privé jusqu'au jour où il finit par s'appliquer même aux rapports des citoyens entre eux.

Il y a aussi des institutions dont on élargit la portée et qu'on classe dans le *jus gentium*. Ce n'est plus une création nouvelle parallèle à l'institution ancienne, et vivant d'une vie propre, comme dans le premier cas ; ce sont des institutions devenues du droit des gens dans le cours du temps (la stipulation, p. ex.) ; on abaisse par des expédients la hauteur du droit civil.

Enfin, certaines institutions ont toujours été du droit des gens ; il en est ainsi pour la *numeratio pecuniæ* ;

pour beaucoup de contrats : les contrats réels et consensuels ne sont pas solennels et ont un caractère d'universalité; l'idée du contrat bilatéral n'a pas de racines dans le droit civil romain; ce contrat appartient au *jus gentium* : il n'y a rien ici d'exclusivement romain; à l'origine, au contraire, les Romains n'ont connu d'autre obligation que l'obligation unilatérale.

Nous verrons dans quels cas les pérégrins étaient régis par leur droit local.

Abordons maintenant l'étude de la condition des pérégrins; pour suivre une division naturelle, parlons d'abord des droits de famille.

SECTION I.

Droits de famille.

A Rome, la puissance paternelle constitue la famille; le mariage en est la source principale; elle appartient au *jus civile*. En est titulaire le père citoyen au jour de la conception, si les deux auteurs ont ensemble le *jus connubii*. Ceci nous amène à nous demander quels sont les divers mariages qui peuvent être contractés par un pérégrin.

Ni les pérégrins, ni les Latins, sauf concession spéciale, n'ont le *jus connubii* : Les Latins de Salpenza jouissaient de ce droit.

De cette absence du *connubium* il résulte qu'un mariage civil romain n'existera jamais entre un *civis romanus* et une *peregrina* ou un *peregrinus* et une *civis romana*.

GAIUS (1) nous parle d'un mariage *secundum leges*

(1) Gaius. Comm. 1. § 92.

moresque peregrinorum. C'est le mariage civil pérégrin, entre membres de la même province, ou de la même *civitas libera*. Le pérégrin qui contracte un tel mariage, voit ses enfants légitimes; il a sur eux la puissance paternelle, qui lui est reconnue par la loi provinciale.

Enfin les Romains admettent un mariage du droit des gens, qui diffère du mariage civil romain à plusieurs points de vue.

1° Le mari n'avait pas, comme dans les *justæ nuptiæ* un privilège quant à la poursuite de l'adultère; l'action était immédiatement populaire; mais il pouvait intenter l'action quoique *infamis*; tandis qu'à un accusateur étranger on pouvait opposer une fin de non recevoir résultant de la note d'infamie (1); 2° La *manus* ne peut pas exister; 3° La *patria potestas* n'en dérive pas; 4° Si l'enfant a une filiation certaine, il suit, d'un autre côté, la condition de la mère. Nous savons déjà que la loi *Minicia* a introduit une particularité, quand le père est pérégrin et la mère citoyenne. Quant aux autres points de vue (dette alimentaire, excuse de tutelle, dissolution, etc.), cette union du droit des gens, qui est un mariage et non un concubinat, se rapproche des *justæ nuptiæ*. La concubine ne commet jamais d'adultère (2).

On mentionne généralement encore entre les femmes engagées dans un *matrimonium non legitimum* et celles mariées en *justæ nuptiæ* la différence suivante : L'*uxor injusta* conserve son *origo*; l'*uxor justa* prend l'*origo* du mari : Sans doute les unes et les autres conservent leur *origo* : nul ne peut perdre sa patrie primitive. Mais s'exprime-t-on exactement quand on dit que l'*uxor justa*

(1) Mos et Rom. *legum* collat. T. 1 V. C. V. § 11 PAPINIEN

(2) Le mari pérégrin était tenu de restituer la dot; il avait le bénéfice de compétence; pouvait exercer les *retentiones*, à l'exception des *retentiones propter liberos*.

prend l'*origo* du mari ? Nous avons cité déjà la Const. 7. Code X., 39. Nous n'y avons pas vu mentionné le mariage parmi les modes d'acquisition de l'*origo*. Il est vrai qu'on s'appuie sur la loi 37. D. § 2. *ad munic.* Mais cette dernière loi confond peut-être le domicile et l'*origo*; et il faudrait alors décider qu'elle laisse à la femme son domicile et ne lui permet pas d'acquérir celui de son mari. Rien n'empêche cette *uxor injusta* d'acquérir un domicile là où son mari a le sien : c'est alors un domicile volontaire n'effaçant aucun des effets naturels de l'*origo* de la femme. La femme, qui a contracté un mariage légitime, suit, au contraire, le domicile du mari; elle est même libérée d'une partie des conséquences de son *origo* (L. 38, § 3. D. L. 1).

Les Romains avaient établi pour les Latins Juniens un autre mariage que nous nous contenterons de définir : c'est le mariage de la loi *Ælia Sentia* : cette union permettait au père d'acquérir la puissance paternelle plus facilement que le mariage du droit des gens ordinaire. La loi favorisait ce mariage, s'il en naissait un enfant âgé d'un an. Par la *causæ probatio*, le père, la mère, les enfants acquièrent la cité; le père acquiert la puissance paternelle.

Quand deux personnes sont unies par un mariage du droit des gens, le père pérégrin peut acquérir le droit de cité et la puissance paternelle, s'il y a *erroris causæ probatio*.

Voici le cas dont il s'agit :

Si l'un des conjoints ignore sa nationalité, la loi accorde un bénéfice qui transforme le *matrimonium non legitimum* en *justum*; elle fait acquérir au pérégrin, sous certaines conditions, la puissance paternelle et le droit de cité auquel participent la femme et les enfants.

Il faut qu'il y ait erreur, prouvée devant le préteur,

sur la nationalité de l'un des conjoints. L'un d'eux se sachant romain croit que l'autre est romain; (1) ou se sachant latin, il croit épouser une latine ou une romaine; ou une latine épouse un pérégrin qu'elle croit romain ou latin, (2) espérant arriver au mariage légitime, en faisant la *causæ probatio* (Loi *Ælia Sentia*); ou un Romain se croyant latin ou pérégrin épouse une latine ou une pérégrine (3). — Il faut qu'un enfant soit né du mariage, quel que soit l'âge de l'enfant.

En supposant que les deux conjoints connaissent leur nationalité, le père peut solliciter du prince le droit de cité; la concession de ce droit n'emporte pas celle du droit d'exercer la puissance paternelle; il fallait que celle-ci fût l'objet d'une concession spéciale; elle n'était octroyée que sans effet rétroactif.

Les enfants du pérégrin, lorsqu'ils deviennent citoyens en même temps que leur père, ne tombent pas sous la puissance paternelle sans une décision spéciale (4). Ici la nature du mariage du droit des gens n'est en rien modifiée par la concession.

Une autre source de la puissance paternelle est l'adoption. Elle est interdite aux pérégrins, son but étant d'avoir un héritier-sien. Les Romains respectaient l'adoption faite par un pérégrin suivant les lois de la cité à laquelle il appartenait (Cic. *ad fam.* 13).

Les deux institutions de la tutelle et de la curatelle appartiennent au *jus civile*, bien que la tutelle des impubères s'impose partout et que Gaius dise : *Nec fere ulla civitas est in qua non licet parentibus, liberis suis*

(1) Gaius. C. 1. § 67.

(2) Gai. Com. 1. §§ 69, 70.

(3) Gai. C. 1, § 71.

(4) Gaius, C., III § 20 et C. 1, §§ 93.94.

impuberibus tutores dare (1). Mais l'organisation de la tutelle est arbitraire et Rome n'applique pas ses propres lois à la famille étrangère. La tutelle des pérégrins est organisée suivant les lois de leur pays; le préteur pérégrin la fera respecter; il nommait un tuteur aux impubères pérégrins, un curateur aux adolescents pérégrins. Les présidents de provinces avaient mission de nommer un curateur aux mineurs pérégrins.

De la potestas dominica. — Terminons ce qui a rapport au droit de la famille en disant quelques mots sur la *potestas dominica* (2).

La division des personnes en ingénues, affranchies et esclaves était universellement reconnue dans l'antiquité. Les pérégrins pouvaient devenir esclaves par les modes du droit des gens; certains modes du droit civil, intéressant l'ordre public, s'appliquaient aux pérégrins domiciliés à Rome. (*Furtum manifestum*, etc.)

A l'origine, tous les affranchis étaient citoyens, *una erat libertas*. Si la cité n'était pas représentée, si l'on n'employait qu'un mode d'affranchissement privé non solennel, l'esclave ne devenait libre qu'en fait. Cette situation ne fut régularisée que plus tard par la loi Junia Norbana (671 ou 772?). Cette loi s'appliquait aux Latins, non aux affranchis des pérégrins. *Peregrinus manumittens servum, non potest ad Latinum perducere, quia lex Junia, quæ Latinorum genus introduxit, non pertinet ad peregrinos manumittentes* (3). Les pérégrins ne pouvant user que des modes non solennels, les esclaves affranchis par eux ne sont pas libres en droit : mais le préteur pérégrin, opérant comme le préteur urbain avant la loi Junia au sujet de certains affranchissements émanant de citoyens, intervint pour maintenir ces affranchis dans cette liberté de fait.

(1) Gaius, C. 1, § 189.

(2) Dosithée. (7). *Disput. de manumiss.*

(3) Dosithée. 12 (14). *Disput. de manumiss.*

Nous voyons donc que les affranchis pérégrins étaient ou ceux affranchis par un pérégrin, ou certains autres affranchis par un citoyen romain, ceux-ci devenant alors pérégrins *deditices* et ne pouvant arriver à la cité : ils font partie de cette catégorie exceptionnelle de pérégrins n'ayant pas de cité. Les affranchis des Latins et des pérégrins sont dans une situation meilleure que les affranchis Latins Juniens et *deditices* (affranchis par des citoyens romains).

Les Latins et les pérégrins peuvent affranchir leurs esclaves en usant d'un mode consacré par leur loi. Mais si un provincial affranchit *inter amicos* son esclave et que son droit local exige des formes d'affranchissement à peine de nullité, le préteur pérégrin fera-t-il respecter l'affranchissement, la liberté de fait que revêt la personne? Le § 12 (14) de Dosithée répond : *Prætor non permittet manumissum servire nisi aliter lege peregrina caveatur* : Le préteur consultera donc la loi nationale du *manumissor*. Il faut que les formes prescrites aient été observées.

Un senatus-consulte rendu sous Adrien, a étendu aux pérégrins les dispositions de la loi *Ælia Sentia* relatives aux affranchissements faits en fraude des créanciers. C'est un des cas où la loi romaine est expressément applicable aux pérégrins, parce qu'elle a pour objet de régler une matière d'ordre public. (Ce motif avait fait étendre aux pérégrins les lois somptuaires (*lex Semonia*), les lois sur l'usure (*lex Fidia*).

SECTION II.

Propriété et Servitudes.

A l'origine, le droit romain ne reconnaît que des modes d'acquérir *jure civili*, qui ne sont pas ouverts aux pérégrins. La propriété romaine est refusée à l'étranger, qui ne possède pas le *jus commercii*.

Les étrangers qui ne sont ni sujets, ni alliés de Rome, n'ont aucun droit vis-à-vis des Romains, qui, même en temps de paix, peuvent s'emparer de leurs biens par voie d'occupation. La propriété s'appelle d'abord *mancipium*, (*manu captum*) : le mode de l'acquérir, *mancipatio*; la propriété est une et identique. L'expression « *dominus ex jure Quiritium* » n'a été introduite dans l'usage pratique qu'à l'époque où on commença à distinguer la propriété civile ou politique de la propriété préto-rienne (1).

Quant aux peuples alliés, leur propriété n'est respectée qu'en temps de paix ; si la guerre est déclarée, l'*occupatio bellica* s'applique.

Aux yeux du pur droit civil, dans son premier état, on peut voler impunément la propriété de fait des pérégrins : la chose de l'étranger, considérée comme *res nullius*, est une proie offerte à l'avidité. Aucune poursuite ne résultait du *furtum* commis par un pérégrin ou contre lui, jusqu'au jour où on introduisit les actions fictices de vol. Peut-être aussi la jurisprudence romaine usait-elle de fiction, parce qu'en matière de *furtum* les actions dérivait d'une disposition de la loi des XII tables.

Les étrangers, à Rome, n'ont donc d'abord qu'une situation de fait au point de vue de la propriété. Cela

(1) GIRAUD. *Rech. sur le droit de prop. chez les Romains.*

tient à l'organisation de la propriété romaine, aux caractères qu'elle présente d'une façon si marquée à l'origine : caractère religieux, c'est-à-dire essentiellement romain ; car on connaît le caractère rigoureusement national de la religion romaine. Caractère politique : Toute propriété, depuis la fondation de la ville, émanait de la puissance souveraine et puisait sa garantie dans cette origine nationale. La propriété privée n'était qu'une délégation de la propriété souveraine, dont le fondateur avait été Romulus. Le second roi de Rome, le fondateur de la propriété privée, ne fut que le départiteur du premier *ager publicus* et le distributeur de la propriété souveraine.

Ce caractère original de la propriété romaine se conserva longtemps, grâce à l'influence éminemment conservatrice des institutions municipales (2). L'exclusion de l'étranger, qui se produit dans l'organisation du droit de cité, et du droit de propriété, est un effet de la constitution municipale : Rome était un état urbain.

Enfin le caractère civil dérive de ce fait que le droit romain n'a proposé d'abord, pour servir à la transmission de la propriété, que des modes civils, composés de rites solennels et de paroles consacrées, des modes tels que la *mancipatio*, l'*in jure cessio*.

Jusqu'à la guerre sociale, l'étranger arrive en fait à avoir un droit analogue à celui de propriété, par la pratique du précaire. Les concessions de terres accompagnaient souvent la clientèle, qui était, nous l'avons vu, avec l'*hospitium*, un moyen de relever l'étranger de son incapacité juridique. Les clients pouvaient donc obtenir du patron, pour les cultiver, la concession de terres, que les Romains appelaient *possessions*.

La transition du fait au droit s'opère bientôt. La pro-

(1) GIRAUD (*Opus citatum*). T. I. §§ 1, 3 ; ch. 3 du Liv. 2.

tection de l'étranger, la garantie des droits qu'on lui reconnaît, qui n'était pour ainsi dire que morale, devient légale. L'année 507 ou 511, voit la création du prêteur pérégrin et la constitution du *jus gentium*. En même temps, à la fin de la République, la propriété a perdu son caractère religieux et politique, et le caractère civil n'est plus aussi exclusif. La situation des Italiens a été modifiée par les lois Julia et Plautia (664-665). Les Latins coloniaux, Juniens, et les pérégrins, qui ont reçu la concession du *jus commercii*, peuvent acquérir par mancipation la propriété des *res Mancipi*. — Les autres pérégrins peuvent acquérir par tradition la propriété de choses *nec Mancipi* et la propriété de meubles *Mancipi* (1). Tels sont les progrès successifs qui ont été faits, le vieux droit quiritaire s'est bien humanisé depuis les XII Tables.

Qu'était-ce que cette propriété reconnue à l'usage des pérégrins? Est-elle différente de l'*in bonis habere*? Est-ce le *dominium ex jure Quiritium*? Est-ce une propriété du droit des gens? Nous croyons que, quand les pérégrins sont propriétaires, ils le sont *ex jure Quiritium*. La tradition transfère au pérégrin la propriété quiritaire des *res nec Mancipi*. *Nam res nec Mancipi ipsâ traditione pleno jure alterius fiunt* (2).

On a voulu voir une contradiction dans ce fait qu'une personne ayant acquis une chose *jus gentium* puisse se dire propriétaire *ex jure Quiritium* : la contradiction n'est qu'apparente. Une obligation du droit civil ne pouvait-elle pas résulter à Rome d'un contrat *juris gentium*? (3)

(1) Fr. Vat. § 47.

(2) Gaius. C. 44. § 19. Nouvelle leçon, d'après STUEDEMUND, conf. à Ulp. XIX, 7, (*ipsa*).

(3) PELLAT, pag. 36, note 2. Propr. et Usufr.

L'*in bonis habere* n'est pas une propriété du droit des gens, instituée pour mettre le domaine à la portée des étrangers; c'est une propriété véritable du droit positif romain, requérant la qualité de citoyen romain chez les deux parties, et, quand il s'agissait d'un immeuble, la nature italique dans le fonds auquel elle s'appliquait. La preuve que les pérégrins n'avaient aucune participation à l'*in bonis habere*, c'est que les avantages de cette propriété (transformation par l'usucapion en *dominium ex jure quirritium*; *publicienne*) étaient inaccessibles aux pérégrins; de plus certains modes d'acquérir (succession prétorienne), qui ne procuraient que cette propriété, ne leur appartenaient pas. Elle fut créée pour donner satisfaction à l'équité, en faisant produire effet à la tradition d'une chose *mancipi*. Gaius et Ulpien (1) supposent en présence deux citoyens romains, l'un ayant le *dominium ex jure quirritium*, l'autre étant *in bonis*; la propriété bonitaire apparaît toujours comme une propriété romaine de second ordre. Si le pérégrin devient propriétaire *ex jure quirritium* par la tradition qui lui est faite, c'est cette propriété qu'il transferra au citoyen romain auquel il fera tradition. Tel est le *dominium apud peregrinos*, sur les *res nec Mancipi*, et les meubles *mancipi* (2). Quant aux immeubles *mancipi* (fonds italiques), la tradition ne peut en faire acquérir la propriété aux pérégrins. Le sol italique appartient aux citoyens romains (3).

DU SOL PROVINCIAL.

Outre le sol italique, il y a le sol provincial et le sol des villes libres et fédérées. — Le sol provincial est

(1) G. C. 1 § 54. C. 11, § 40 et ULP. Rég. T. 1. § 16.

(2) G. C. 11, § 40.

(3) Arg. du § 47 des Fr. Vat.: et de la disposition de la loi Julia de *fundo dotali*.

celui qui, en droit, est *ager publicus* et dont les habitants *possessionem tantum et usumfructum habere videntur* (1). Ce sol doit être distingué du sol des villes libres et fédérées. Les villes fédérées ou celles libres sans traité, ne sont, aux yeux de Rome, ni des villes provinciales, ni des villes conquises. Les effets de la conquête sont effacés par le traité dans un cas, par une loi ou un senatus-consulte, dans l'autre cas; les habitants de ces villes ont la propriété et non la simple possession de leurs terres. S'ils ne sont pas *domini ex jure quirritium*, ils sont propriétaires à la mode de leur pays; leur propriété est réglée par leur droit civil local qui continue à les régir. C'est là l'*ager privatus ex jure peregrino*, dont on est propriétaire, et qui ne paie pas l'impôt.

L'*Ager stipendiariis datus assignatus* est le territoire laissé aux *stipendiarii*, non distribué aux citoyens; ce territoire est la possession des particuliers; l'ancien propriétaire n'est qu'un possesseur; l'état prélève sur la terre provinciale l'impôt foncier, signe de la propriété publique. Les provinciaux ont la jouissance, la possession sous la condition du *tributum*. Cette propriété de fait peut se transmettre entre-vifs. Tel est le sol provincial proprement dit. La tradition étant le mode d'acquisition de la possession des fonds provinciaux, celle-ci était accessible aux pérégrins; elle était protégée par la *præscriptio longi temporis*, qui plus tard fut plus qu'une arme de procédure, un moyen de défense, et permit au pérégrin d'invoquer la *revendicatio utilis*.

Le sol provincial ne devient-il pas susceptible de propriété quiritaire, quand Rome y établit une colonie romaine? Le sol est partagé entre les colons par les *agrimensores*.

(1) G. C. 11. § 7.

après que les auspices ont été consultés et que les terres ont été mesurées (*assignatio*). Ces fonds sont donc *agri limitati*, d'où l'on a conclu qu'ils deviennent susceptibles de propriété quiritaire. La solution contraire doit être admise : car les colons paient l'impôt.

Le possesseur du sol provincial peut-il exercer une action réelle? Quelle est cette action réelle? Est-ce l'ancienne action réelle qui appartenait aux pérégrins avant la conquête? On le soutient, en citant un passage de Frontin (1). — *Vindicant tamen inter se non minus fines ex æquo, ac si privatorum agrorum .. nam et controversias inter se tales movent, quales in agris immunibus et privatis solent evenire.* » Est-ce une *rei vindicatio utilis*? L'action publicienne compète-t-elle à ce possesseur? Le cadre borné de notre sujet nous empêche de développer cette question, sur laquelle les doutes ne sont pas écartés (2).

Pour faire cesser l'inégalité du sol provincial par rapport au sol de l'Italie, dont l'Etat n'est pas propriétaire et qui est exempt de l'impôt foncier (les deux idées sont connexes); pour étendre le champ du domaine quiritaire, on assimila un territoire extra italique à un territoire italique. C'est la concession du *jus italicum* faite à des villes romaines (colonies romaines, municipales). Les fonds qui en sont l'objet sont susceptibles de propriété quiritaire et exempts de l'impôt (*tributum soli, tributum capitis*). Jusqu'au Bas-Empire, le *jus italicum* n'est une exemption d'impôt qu'accessoirement (3).

(1) Frontin. p. 35. l. 13. Comp. texte d'AGGENUS URBIGUS, texte important pour l'étude du sol provincial. (Enchir. de Giraud, p. 679).

(2) Peilat. propr. et usufr. sur la loi 12, §§ 2, 3. D. VI, 2 (Paul). — Fr. Vat. § 61. combin. L. 4. D. Quibus modis ususf. amittitur.

(3) Etude sur le *jus italicum*. Beaudouin. Revue hist. de dr. fr. et étr., année 1881.

Des Servitudes. — Au point de vue des servitudes, le pérégrin qui n'a pas le *commercium*, et qui ne peut figurer dans un *judicium legitimum*, ne peut acquérir une servitude quelconque, ni sur les fonds provinciaux, même s'il a le *commercium*, ni sur les fonds italiques, à moins qu'il ait le *commercium*. S'il n'a pas le *commercium*, il ne peut pas acquérir, ni transmettre les servitudes, quoi qu'il puisse acquérir la propriété, ni les servitudes rurales, parce qu'il ne peut figurer dans la *mancipatio*, ni les servitudes urbaines ou personnelles, parce qu'elles ne peuvent pas être constituées par tradition. Tel est l'ancien droit civil. (Fr. Vat. § 47. Gaius. C. II. §§ 28 à 33).

Le préteur adoucit la rigueur du droit civil et ouvre aux pérégrins le droit des servitudes. Celles-ci devinrent susceptibles de quasi possession : dès lors, le pérégrin qui exerce une servitude sur un fonds provincial est protégé par des interdits quasi possessoires : la quasi tradition lui suffit pour les acquérir sur les *res Mancipi* ou sur les *res nec Mancipi*. Ces servitudes, établies par quasi tradition, sont garanties par l'action *confessoria utilis* ou *negatoria utilis*. Constituées *a non domino*, elles s'acquièrent par un exercice longtemps prolongé (*longa consuetudo*); les seules conditions exigées sont la bonne foi, et l'absence de précarité, de violence, de clandestinité. Toute servitude urbaine ou rurale peut être constituée par le nouveau procédé.

SECTION III.

Droits de succession ab intestat et testamentaire.

Les citoyens seuls étant *agnats*, les étrangers ne pouvaient avoir une famille constituée d'après le *jus civile* : L'hérédité légitime contient les droits de propriété et les

sacra privata; pour laisser ou recueillir une hérédité *ab intestat* régie par les lois romaines, il faut être citoyen romain; les cultes privés que les étrangers pouvaient avoir d'après leurs lois nationales ne furent jamais reconnus à Rome. Le préteur pérégrin ici comme partout ailleurs intervient et règle d'après la loi locale des étrangers leur succession : la loi du défunt, provincial ou membre d'une *libera civitas* de l'*orbis romanus*, est applicable pour la dévolution. Donc, en ce qui touche la succession *ab intestat*, les pérégrins peuvent transmettre et succéder, s'ils ont une *civitas*, une loi nationale. Plus tard la *honorum possessio unde cognati*, qui appelait les cognats à la propriété bonitaire des biens du défunt, s'appliqua-t-elle aux pérégrins? Nous ne le croyons pas; d'ailleurs les textes ne contiennent pas les éléments d'une solution ferme; et de plus ils sont rares. Le préteur organisait donc aussi des théories réservées aux citoyens, et le droit des gens ne dérivait pas seulement du droit prétorien.

Les hérédités testamentaires sont aussi classées dans le *jus civile*. Celui qui ne peut figurer dans une mancipation, à titre d'aliénateur, ne peut tester *jure civili*. Faute de *testamenti factio* active et passive, le pérégrin, dépourvu du *commercium*, ne peut être ni *familiae emptor* ni *libripens*, ni témoin; il ne peut avoir d'héritier testamentaire; il ne peut être institué héritier, ni recevoir un legs. Il est curieux de comparer la situation du pérégrin avec celles du Latin Junien et de l'esclave : le premier pouvait être institué héritier testamentaire ou légataire; mais il n'avait pas le *jus capiendi ex testamento*; l'esclave institué héritier nécessaire par un maître insolvable, acquérait la liberté et le droit de cité.

Le pérégrin ne peut tester que si, étant ingénu, il a le *jus commercii*. Les pérégrins, qui ont une *certa civitas*, peuvent tester, non dans les formes romaines, mais selon

le droit propre de leur cité. Ulpien affirme ce droit dans un texte bien connu : « *Latinus Junianus, item is qui dedititiorum numero est, testamentum facere non potest; latinus quidem, quoniam nominatim lege Junia prohibitus est; is autem qui dedititiorum numero est, quoniam nec quasi civis romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nulliuscertæ civitatis civis est, ut secundum leges civitatis suæ testetur.* » Ces *peregrini dedititi* ne pouvaient recueillir une libéralité testamentaire même par fideicommiss. — Ceux qui ont une *certa civitas* sont justement les pérégrins, par opposition à ceux qui *dedititiorum numero sunt*.

Le pérégrin ne peut faire de fideicommiss : il ne peut faire ni testament, ni codicille. Depuis Auguste jusqu'à Adrien, il a pu recevoir par fideicommiss. Adrien attribua au fisc les fideicommiss faits par des citoyens romains en faveur des pérégrins.

Ajoutons que le droit affirmé par Ulpien en faveur du pérégrin ayant une *civitas*, ne doit lui être reconnu qu'autant qu'il teste au profit d'un membre de la même cité. Le *jus gentium* seul régit les rapports entre citoyens romains et pérégrins.

Un grand nombre de prérogatives avaient été accordées aux militaires en matière de testament. L'une d'elles se rapporte à notre sujet. Certaines personnes, incapables en général de recevoir *ex testamento*, peuvent recevoir d'un militaire; « *Permissum est militibus et peregrinos et Latinos instituere heredes, vel iis legare.* » (Gaius, C. 11. 110 et 111).

SECTION IV

Donations.

A l'époque classique, à laquelle nous nous plaçons toujours, la convention de donation est un simple pacte, qui n'engendre ni droit réel, ni obligations, ni action : c'est seulement une juste cause d'acquisition. Ce n'est qu'au Bas-Empire que la convention de dot d'abord, puis toute convention de donation devint obligatoire ; elle fut sanctionnée par une *condictio ex lege*. A cette époque, il n'y a plus de pérégrins. A l'époque classique, les pérégrins peuvent faire une convention de donation ; pour l'exécuter, ils ne peuvent employer que les modes du droit des gens.

La loi Cincia (an 550 de R.), s'appliquait aux pérégrins, qui affluent alors à Rome ; peut-être les visait-elle particulièrement. Elle s'appliquait certainement à une donation faite par un Romain à un Latin Junien.

Les donations entre époux furent permises entre citoyens jusqu'à l'empire ; elles furent permises entre pérégrins. Depuis Auguste jusqu'à Caracalla, elles furent prohibées entre citoyens unis par de justes noces. Cette prohibition, résultat de la coutume, ne s'appliquait pas aux pérégrins unis par un *matrimonium non justum*. Des textes autorisent les donations entre époux *exsilii causâ* (1) ; or, l'exil fait perdre la cité et dissout le mariage. Si l'on dit que le mariage subsiste malgré la perte de la cité, c'est parce que le mariage romain se transforme en mariage du droit des gens (2). Puisque la donation entre époux est permise *exsilii causâ*.

(1) L. 43, de donat. int. vir. Dig.

(2) Loi 5, § 1, XLVIII. 20. loi 13, § 1, de donat. int. vir. : loi 1, Code, V. 17.

c'est qu'elle est permise entre époux, unis par un mariage du droit des gens.

Une *oratio* d'Antonin Caracalla (206 ap. J.-C.), valida la donation entre époux, si l'époux donateur mourait *durante matrimonio*, sans l'avoir révoquée; six ans après, la constitution de Caracalla donna le droit de cité aux habitants actuels de l'empire.

Le pérégrin n'ayant pas la *factio testamenti*, ne peut faire des donations à cause de mort, qui sont assimilées aux legs (1). Il ne peut recevoir une telle donation, parce qu'il n'a ni la *factio testamenti*, ni le *jus capiendi*.

Le Latin Junien n'est pas capable de recevoir une donation *mortis causâ*. Il peut recevoir par fideicommiss (2).

La donation entre vifs *ultra modum Cincia*, quoique imparfaite, doit s'exécuter, quand le donateur meurt sans l'avoir révoquée. A l'exception *legis Cinciae*, le donataire peut opposer la réplique de dol. La règle « *morte Cincia removetur* » célèbre règle si laconique, si énergique de Paul, semble transformer la donation *ultra modum* en donation *mortis causâ*, puisque le donateur préfère le donataire à ses héritiers. S'il en était réellement ainsi, le donataire (pérégrin ou latin junien), qui ne pourrait recevoir une donation *mortis causâ*, ne pourrait pas opposer la réplique de dol à l'exception de la loi Cincia. Papinien décide le contraire (3).

(1) Inst. § 1, 2^e al. de Donat. L. 35. pr. D. et L. 22 de *mortis causâ donat.*; loi Furia. testament : loi Voconia; et L. 5, C. *Ad. leg. Falcid.*; voir surtout les lois 1 § 1. 27, 3 et 7 § 6. D. 39. 5. — Tous les auteurs n'admettent pas que le donateur à cause de mort doit avoir la *factio test.*

(2) GAIUS. C. 1, § 24.

(3) FR. VAT. §§ 266 et 312, et § 259.

SECTION V

Obligations.

C'est surtout dans la matière des obligations qu'on peut voir l'influence du *jus gentium*. Le contact de ce droit adoucit rapidement les rudesses primitives du droit civil. Ici encore, comme partout, le *jus gentium* régit les rapports d'obligations entre Romains et pérégrins, ou entre pérégrins. Presque tous les contrats sont du droit des gens et accessibles aux pérégrins. Tels sont les contrats *re*, les contrats consensuels, qui ne sont pas solennels et ne portent pas l'empreinte profonde du génie romain; les contrats consensuels ne sont que des conventions privilégiées. Celui qui est originaire d'une cité dépendante de Rome est donc ici soumis au droit romain dont les dispositions constituent le *jus gentium*; il en est ainsi notamment en matière de vente, le droit national n'est pas applicable; si un Grec, domicilié à Rome, contracte une vente avec un Romain, le droit romain régit les effets du contrat, le contrat se forme *consensu*; mais ce *consensus* n'est pas translatif de propriété, tandis qu'il l'était en Grèce. Dans l'espèce, il faut la tradition.

Les formes obligatoires qui peuvent avec certitude être rattachées à l'ancien droit, le *nexum*, le contrat *litteris*, la stipulation ont un caractère essentiellement unilatéral et appartiennent au *jus civile*. On changea pour les pérégrins la formule de la stipulation qui devint alors du droit des gens. — La dot ne pouvait être constituée entre pérégrins que par les modes du droit des gens, tradition, stipulation sans la forme *spondeo*, non par *dotis dictio*.

Quant à la *fidepromissio*, nous rencontrons quelque chose de spécial aux pérégrins. L'obligation du *fidepro-*

missor ne passe pas aux héritiers (1); ce caractère viager découlait de l'idée de mandat (2). Gaius nous apprend que la dette passait aux héritiers, s'il s'agissait d'un *fidepromissor peregrinus*, dont le droit de la cité faisait échec sur ce point au droit romain (3). Il faut reconnaître qu'en ce cas ce droit du *fidepromissor peregrinus* était préférable au droit romain. — Les quasi contrats pouvaient aussi obliger les pérégrins ou les rendre créanciers.

Il nous reste à parler du contrat *litteris*. Les formes de ce contrat consistent en de simples écritures, qui doivent être portées sur le *codex* du créancier. Les pérégrins n'ayant pas de *codex* ne peuvent acquérir une créance littérale. Mais ne pouvaient-ils s'obliger *litteris*? Les Sabiniens avaient proposé une distinction : la *transcriptio a persona in personam* seule aurait été refusée aux pérégrins, qui auraient pu s'obliger *litteris*, au cas de *transcriptio a re in personam*.

Les pérégrins pouvaient constater les engagements intervenus entre eux, au moyen d'*arcaria nomina*, écrits qui fournissaient la preuve d'une numération d'espèces. La *numratio pecuniæ* appartenait au droit des gens.

Le droit des Pérégrins trouvait en notre matière une application. Il y avait des *instrumenta* qui leur étaient propres, les *chirographa*, les *sygraphæ*. Nous tranchons une question délicate et controversée en admettant que ces écrits ne sont pas des formes particulières d'obligations, mais de simples écrits probatoires. Gaius représente la *sygrapha* comme tenant lieu de *stipulatio* ou de *transcriptio*. Elle en tient lieu, en pratique, puisqu'une *sygrapha* entre les mains d'un pérégrin sera tout aussi efficace, en justice, que le serait un *codex accepti* et

(1) Gaius, C., III, § 120.

(2) Accarias. T. II, p. 343.

(3) Gaius, III, § 120.

expensi entre les mains d'un citoyen romain (1). Les *sygraphæ* et les *chirographa* ne dépendaient pas du droit des gens.

Quant aux obligations résultant d'un délit, le préteur dut employer le procédé de l'action fictice, afin que certaines actions de pur droit civil, dérivant des XII tables ou d'une loi spéciale, pussent être exercées par le pérégrin ou contre lui; on introduisit la fiction de la cité pour les actions *furti* et *legis Aquiliæ*; de même pour l'action *injuriarum* jusqu'à ce que plus tard elle devint prétorienne, et par cela même applicable directement au pérégrin pour ou contre lui. L'action *vi bonorum raptorum* et les actions pénales prétoriennes protégeaient le pérégrin contre le citoyen et inversement.

Pendant longtemps, on ne connaît à Rome que des *judicia legitima*. C'est qu'en effet à l'origine l'instance avait toujours lieu à Rome ou dans le premier mille de Rome, entre parties investies du droit de cité, devant un juge unique romain. Plus tard seulement il fut possible d'organiser un *judicium* hors de Rome ou entre plaideurs qui ne fussent pas tous Romains, devant un juge pérégrin ou devant des *recuperatores*: ce sont les *judicia imperio continentia* (dépendant de l'*imperium* du magistrat), pouvant subsister jusqu'à l'expiration des fonctions du magistrat qui avait délivré la formule, sans pouvoir dépasser ce délai qui était d'un an: ce droit déduit en justice n'était éteint qu'*exceptionis ope*.

Si les *judicia non legitima* étaient inconnus à l'origine, si, pour réprimer le *furtum*, commis par un pérégrin ou contre lui, on est obligé d'avoir recours au procédé de l'action fictice, il est logique d'en conclure qu'à l'origine la justice était fermée aux pérégrins (2).

(1) GIDE. Obs. sur le cont. *litteris*, p. 37.

(2) Gaius. IV. § 37, donne la formule de l'action *furti fictitia*. pour le cas où le *peregrinus* est l'auteur du vol.

CHAPITRE IV

JURIDICTION COMPÉTENTE

Après avoir vu la condition des pérégrins à Rome, principale division de notre étude, il faut, pour être complet, que nous nous demandions quelle était la juridiction compétente. Cette question pourrait donner lieu à de longs développements; le cadre borné de notre sujet nous force à y répondre brièvement, à signaler les principales questions.

On voit, en même temps, la création du préteur pérégrin (507 ou 511), préparée par l'institution des *recuperatores*, et l'apparition du *jus gentium* issu en partie des usages qu'appliquaient les *recuperatores* lorsqu'ils jugeaient. Le préteur pérégrin (*prætor qui inter peregrinos jus dicit*), fut créé pour régler les rapports des pérégrins soit entre eux, soit avec les Romains. Pour remplir sa mission, le droit à appliquer n'existait pas; comme il ne peut appliquer aux questions qui lui sont soumises le droit civil, il puise en dehors de ce droit les motifs de ses décisions, et ainsi se forma peu à peu le *jus gentium*; il l'améliore, une fois créé, jusqu'à la fin de la République, époque à laquelle l'édit du préteur pérégrin forme un tout.

Ce *jus gentium* a commencé par se développer à côté du *jus civile* et par former un droit séparé, droit international. Il innove bientôt et finit par transformer entièrement le droit civil applicable aux citoyens romains. Le va-et-vient des individus à travers les frontières des contrées les plus lointaines, les relations dont la trame se resserre à mesure que la civilisation s'étend, et d'où sortent des usages commerciaux ont donné naissance au *jus gentium*. L'élément commercial est un élément de progrès du droit international; de tout temps il a exercé une influence énorme sur le droit civil. Ce que nous constatons à Rome, nous le voyons encore aujourd'hui. Les principes du droit commercial se maintiennent à l'abri de toute influence venant du droit civil, et peuvent recevoir le développement, l'application dont ils sont susceptibles : de même à Rome, le préteur pérégrin put accueillir dans son édit les innovations, parce qu'il n'avait rien à faire avec le *jus civile*, et que les précautions, les subtilités excessives de ce droit ne l'enchaînaient pas. Il pouvait rompre avec le formalisme primitif.

C'est l'extension des besoins sociaux qui montre aux Romains dans leurs rapports entre eux l'insuffisance de leur *jus civile*. Ils avaient goûté, en quelque sorte, du *jus gentium*, dans leurs rapports avec les pérégrins. Pourquoi les principes de ce droit ne leur auraient-ils pas été applicables même en dehors de ces rapports? Un code ne reçoit-il pas son application du temps et des événements? Un peuple, dans ses lois, ne finit-il pas toujours par l'équité? Aussi le *jus gentium* finit-il par s'appliquer aux rapports juridiques des Romains entre eux. Les dispositions nouvelles de ce droit qui paraissent dans l'édit du préteur pérégrin et qui sont plus appropriées aux circonstances passent bientôt dans l'édit de l'autre préteur.

Que doit-on au préteur pérégrin ?

Il introduit de nouvelles actions, notamment l'action *vi bonorum raptorum*. — On peut lire dans son édit, une formule de *stipulatio damni infecti* conforme à celle de l'édit du préteur urbain. La *lex Rubria*, faite pour la Gaule cisalpine, rappelait l'édit du préteur pérégrin, dans les deux formules d'action qu'elle mentionnait pour sanctionner le refus de fournir la *cautio*; elle créait une action fictice; le juge statuait comme si la promesse eût été faite et fût devenue exigible par la réalisation du dommage. Dans la Gaule cisalpine, ce n'était donc pas la *missio in possessionem* qui sanctionnait la désobéissance au décret municipal (1). La *cautio damni infecti* s'appliquait pour et contre le pérégrin, en présence d'un Romain ou d'un autre pérégrin.

En ce qui concerne la procédure, le rôle qu'a joué le préteur pérégrin est important à connaître.

La loi *Æbutia* (577-583?) supprima la *judicis postulatio*, la *condictio*, et fit disparaître le *sacramentum* dans les matières personnelles. L'usage de plaider par formules date du jour où cette loi fut en vigueur; elle transforma vraisemblablement le fait en droit (2). Avant cette loi, on usait déjà de formules que le préteur pérégrin introduisait dans son édit. On peut donc rapporter à la création du préteur pérégrin l'origine de la procédure formulaire. A cette époque l'affluence des pérégrins était grande à Rome; on était en effet en 583. Or les pérégrins étant écartés de la procédure des *legis actiones*, il fallait bien recourir à une procédure nouvelle. La loi *Aebutia* consacra législativement et réglementa le système qu'on avait été forcé d'inaugurer antérieurement.

(1) DE BOECK. — *Essai sur le préteur pérégrin*; p. 117, et s.

(2) ACCARIAS, T. 2, p. 826.

Le préteur pérégrin crée des formules d'action ou étend les anciennes selon les circonstances. Grâce à un détour ingénieux, une action existante profita à des personnes auxquelles elle n'était pas destinée. En effet le préteur pérégrin, par une procédure habile, arrive à donner à l'étranger ou contre lui, même une action *in jus*. Il suppose au pérégrin la cité romaine (actions fictices de vol; action fictive *Legis Aquiliæ*, peut être action fictive *injuriarum*, jusqu'à ce que cette action cessât d'être civile pour devenir prétorienne) : ce procédé ne doit pas être généralisé. Nous lisons dans GAIUS (1) : *Item civilis romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo justum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi : velut si furtum faciat peregrinus, et cum eo agatur.* » Il y a donc une restriction; l'extension doit être conforme au droit.

Si le droit civil ne fournit aucune analogie, s'il n'est pas conforme à la raison, le préteur pérégrin crée alors des formules... « C'est le préteur pérégrin qui introduisit le premier les formules pour régler les rapports des étrangers entre eux ou avec les Romains; les formules sont nécessairement rédigées *in factum*. Le droit civil ne peut servir à trancher les procès des personnes qu'il ne régit pas; il vient un moment où les Romains eux-mêmes abandonnent leur système ancien, et sans doute national, pour adopter un système plus expéditif et plus commode qu'ils trouvent établi près d'eux par un des magistrats chargés de l'administration de la justice. Alors le droit civil s'approprie et modifie pour son usage un procédé exclusivement prétorien. Il change la rédaction des

(1) GAIUS. C. IV. § 37. Il faut se garder de croire qu'il fût impossible à un *peregrinus* de figurer dans une formule autrement qu'à l'aide d'une fiction de la cité.

formules, notamment pour les contrats, dont il a, de longue date, reconnu l'existence. Elles sont désormais rédigées *in jus*; l'œuvre de la législation n'est pas encore complète. Des changements et des additions y seraient nécessaires, à cause des besoins nouveaux d'une vie chaque jour plus compliquée. Mais si le droit civil n'est pas fermé, du moins n'est-il susceptible de s'ouvrir qu'à de rares intervalles. L'édit, au contraire, reste constamment ouvert aux innovations qu'impose la nécessité, ou que recommande l'utilité. Le préteur attache une sanction à des faits, qui, malgré leur analogie avec des contrats, n'eussent pas été protégés par une action *in jus*. Les faits à la longue, deviennent eux-mêmes des contrats; l'action *in jus* s'ajoute à l'action *in factum*; et l'œuvre du droit prétorien passe dans le droit civil pour recevoir la forme définitive sous laquelle elle doit nous parvenir. » (1)

Telle est l'influence qu'exerça le préteur pérégrin, qui fut souvent le premier dans la voie de l'innovation. Ici il mit les actions à la portée de l'étranger, en posant dans la formule qu'il délivre une simple question de fait. Il place le juge en dehors du droit; il dicte la décision applicable, si tel fait, que le juge devant lequel il renvoie à mission de constater, est arrivé.

Le préteur pérégrin avait un pouvoir égal à celui du préteur urbain; il avait les mêmes droits : le *jus dicendi* et le *jus edicendi*. *L'edictum perpetuum*, (continu), était immuable pendant l'année de la charge. *L'edictum repentinum* était rendu pendant la fonction à l'occasion de certaines affaires. Il y eut donc un édit du préteur péré-

(1) Les deux formules des actions *depositi et commodati*, par M. Alb. Desjardins. — Le passage que nous relevons dans cette savante dissertation met en lumière la part du préteur pérégrin dans l'avènement du système formulaire.

grin, concernant les rapports des pérégrins entre eux ou avec les Romains, et qui fut une source considérable du droit; les dispositions de cet édit ont contribué à humaniser le *jus civile*.

Quelle était la compétence du préteur pérégrin ?

Il n'est pas sans intérêt de nous arrêter un moment sur les *recuperatores*, pour nous poser la même question. Nous avons parlé des commissaires spéciaux, institués par les traités de *recuperatio* conclus entre Rome et ses voisins, pour juger des contestations entre citoyens romains et membres d'une nation étrangère. Cette institution, sur laquelle on sait peu de chose, passa du droit international dans le droit privé de Rome. Elle conserva, à l'origine, son caractère international, en ce sens qu'elle fonctionna d'abord entre citoyens et pérégrins; puis elle fut admise entre parties romaines : ainsi en 685, dans un procès d'héritage, Cicéron prononça le discours *pro Cœcina* devant les *recuperatores*. Ici donc rien d'exclusif; il n'y a pas de circonscription légale. Le pérégrin peut être renvoyé devant un *unus judex*. Les *recuperatores* jugeaient au nombre de 3 ou 5, que les parties choisissaient sur les listes de *judices*; la procédure était peut-être plus rapide devant eux. Il est difficile de savoir s'ils avaient une compétence exclusive pour certaines affaires, Il ne subsista bientôt qu'une différence entre les citoyens et les pérégrins : au point de vue de l'instance, *judicia*.

Nous ferons une remarque analogue en ce qui concerne la compétence du préteur pérégrin. Elle n'était pas exclusive. Il ne jugeait pas que les procès entre Romains et pérégrins, ou entre pérégrins, et le préteur urbain pouvait s'occuper de ces mêmes procès, puisqu'un des motifs de la création pour les étrangers d'un magistrat attitré fut la

nécessité de soulager le préteur urbain : celui-ci ne pouvait suffire, l'affluence des pérégrins ayant rendu le nombre des affaires trop considérable. Avant que la scission s'opérât, le préteur urbain avait connaissance des affaires concernant les pérégrins. Malgré le partage, la compétence n'était pas légalement circonscrite. Le motif que nous venons d'indiquer comme ayant provoqué la création de la préture pérégrine, ressort nettement d'un fragment de Pomponius, formant la loi 2 § 28 de *orig. juris*, et dans lequel nous lisons : *non sufficiente prætore urbano, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est alius prætor, qui peregrinus adpellatus est...*

CHAPITRE V

DE LA CIVITAS

Nous avons exposé les divers droits dont la jouissance a été accordée aux pérégrins et déterminé la loi qui leur était applicable. Nous devons maintenant nécessairement nous demander comment on devient pérégrin.

On naît étranger ou on le devient. On n'attache à Rome aucune importance au lieu de la naissance. L'enfant issu de pérégrins est pérégrin. Les parents peuvent ne pas être de même condition. Ulpien donne alors la règle à suivre (1).

Connubio interveniente, liberi semper patrem sequuntur; non interveniente, matris conditioni accedunt.

I. Supposons l'existence du *connubium* :

1^o Si le père est pérégrin, l'enfant naît toujours pérégrin, quelle que soit la condition de la mère, pourvu qu'ils aient le *jus connubii*, et, dans le cas où la mère est latine ou citoyenne, qu'ils se soient mariés suivant la loi romaine. S'ils n'ont pas contracté de justes noces romaines, l'enfant suit la condition de la mère, il naît latin ou citoyen. (S.-C. d'Adrien).

Ce dernier sénatus-consulte posait une décision contraire à la loi *Minicia* dont nous allons parler. L'enfant *melio-*

(1) Ulp. Rég. V. § 8.

rem sequitur conditionem. Dans les cas où un affranchi ne devient que Latin Junien, en vertu des lois *Ælia Sentia*, *Junia Norbana*, si on suppose qu'il épouse une citoyenne romaine et que le *connubium* existe entre les parties en vertu de ces lois, l'enfant ne naissait pas latin; le senatus-consulte décida que l'enfant aurait la qualité de citoyen romain.

2^o Si le père est latin, l'enfant naît latin, si la mère est latine ou pérégrine, si les deux parents ont contracté de justes noces; sinon, il suit la condition de la mère, quoique les parents aient contracté de justes noces, ou un mariage suivant la loi *Ælia Sentia* (1).

II. S'il n'y a pas *connubium*, d'après Ulpien, *matris conditioni accedunt liberi.*

Après avoir déterminé la règle posée par Ulpien, voyons les exceptions qui y ont été apportées.

1^o L'une existe en faveur des municipes.

Tout pérégrin a une cité en principe; il y a des cas où il peut être sans cité, des cas où il peut en avoir deux.

Qui ex duobus igitur campanis parentibus natus est, dit ULPYEN (2), *campanus est : sed si ex patre campano, matre puteolana æque municeps campanus est : nisi forte privilegio aliquo materna origo censeatur. Tunc enim maternæ originis erit municeps.* (3).

L'exception ne s'applique qu'au cas où il y aurait eu mariage entre citoyens de municipes différents; si le père est de Campanie et la mère de Pouzzoles. l'enfant naît Campanien, à moins qu'on ne doive tenir compte de l'origine de la mère, à cause de quelque privilège, auquel cas

(1) Gaius. C. I. §§. 67, 70, 77, 80, 81.

Ulp. rég. Tit. III. § 3.

(2) Loi, 1, § 2. D. L. 50. T. I

(3) Comp Loi 24 D. *de stat. hom.*

l'enfant suit la condition de la mère. Ce privilège a été accordé à Delphes, au Pont, par POMPÉE. Ce bénéfice s'applique aux enfants légitimes dont les parents appartiennent à deux cités. L'enfant, dans ces cas, appartient à la cité de sa mère, mais ne perd pas la cité de son père.

2° Il y a une autre exception (1), qui nous conduit à parler de la loi Minicia. Cette loi règle la situation de l'enfant né d'un citoyen romain et d'une pérégrine ou d'un pérégrin et d'une citoyenne romaine. La disposition de la loi qui réglait la première hypothèse était inutile. D'après le texte, la condition *deterior* était suivie. Le nom de cette loi vient d'être restitué. Le manuscrit de GAIUS (éd. STUEMUND), porte Minicia. Avant cette nouvelle lecture, on ne savait s'il fallait appeler cette loi Mensia ou Moenia, ou même Ælia Sentia.

Un enfant naît donc pérégrin, si son père est pérégrin, malgré la cité de sa mère. Cette loi s'appliquait aux pérégrins et à ceux qui avaient obtenu le *nomen latinum*; elle était étrangère aux Latins Juniens. Les expressions que GAIUS (2) emploie, « *ad alios latinos pertinet* » s'appliquent aussi aux *Latini coloniarii*; s'il y a une antithèse, c'est entre les affranchis latins, c'est-à-dire les Latins Juniens, et ceux qui avaient obtenu le *jus latinitalis*, et non entre les *Latini coloniarii* et les *Latini veteres*. Toutefois c'est cette dernière distinction que M. Demangeat (3) établit d'après le texte de GAIUS.

Lorsqu'il n'y a pas *connubium* et que l'enfant suit la condition de la mère, il prend la nationalité que celle-ci

(1) GAIUS. C. 1, § 78

(2) GAIUS. C. 1, § 79.

(3) DEMANGEAT. T. I, page 174, édit. 3°.

avait au moment de l'accouchement (1); par cela seul qu'il est conçu, il n'est pas encore indépendant de la mère; pendant toute la gestation, celle-ci perd-elle ses droits de cité, il naît pérégrin (2).

Une citoyenne romaine encourt pendant la gestation la *media capitis deminutio, cui aqua et igni interdictum fuerit*; elle accouche : la mère étant citoyenne au moment de la conception, l'enfant naît citoyen, s'il est issu de justes noces avec un citoyen romain; étant pérégrine au moment de l'accouchement, la mère mettra au monde un enfant pérégrin, *si vulgo conceperit*.

Une pérégrine *quæ vulgo conceperit* devient citoyenne et accouche; l'enfant est citoyen. Si l'enfant est le fruit d'une union avec un pérégrin *secundum leges moresque peregrinorum* il est pérégrin, *nisi patri ejus civitas romana quæsitæ sit; (ex senatus-consulto quod auctore divo Hadriano factum est* (3).

Telle est résolue la question : Comment on naît pérégrin. Nous nous demanderons plus tard comment on devient étranger par un fait postérieur à la naissance, en réunissant les cas entraînant la perte de la cité (4).

Nous devons maintenant nous demander brièvement comment un pérégrin peut devenir citoyen.

Quant aux Latins Juniens, nous nous contenterons

(1) ULPÏEN, V. § 10.

(2) V. DEMANGEAT, T. I. p. 175 (critique de cette décision. ORTOLAN trouve la règle inspirée par la nature même des choses.

(3) GAIUS I. § 92.

(4) Les pérégrins sans cité sont les barbares, les pérégrins déditices, les affranchis déditices, les habitants de certaines villes qui ont perdu le droit de cité à titre de peine; les exilés; ceux livrés à une nation étrangère, en expiation d'une violation du droit des gens commise par eux. (V. EGGER. op. citatum, page 145 et s. *Deditio* refusée par la nation).

d'énumérer les procédés par lesquels ils pouvaient arriver à la cité. *Iteratione*, *Militiâ* (loi *Visellia*), *Nave*, *Edificio*, *Pistrino*; *Triplex enixus*, *Causæ probatio*.

Les *Latini Veteres* acquièrent de plein droit la cité romaine dans trois cas : 1^o Quand ils ont fait condamner un magistrat romain pour concussion (loi *Servilia*); 2^o Quand ils viennent s'établir à Rome en laissant dans leur pays un enfant (*stirpem ex se*); 3^o Quand ils ont rempli dans une ville une magistrature annuelle. Si donc les Latins étaient les *non cives* les plus privilégiés, ils jouissaient encore de certaines facilités pour parvenir à la *civitas*.

Voyons les procédés applicables aux pérégrins. Une question générale se pose ici : Un pérégrin qui devient citoyen encourt-il une *capitis deminutio* ? (1).

Selon nous, la *media capitis deminutio* est encourue par le pérégrin, perdant son droit de cité, même lorsqu'il acquiert un droit de cité supérieur, d'où les conséquences suivantes : 1^o son testament fait suivant sa loi nationale devient nul; 2^o les *jura patronatus* s'éteignent (2); 3^o Toutefois si ce pérégrin est *sine civitate*, il n'encourt pas la *capitis deminutio* (3).

Nous avons vu les concessions collectives qui faisaient obtenir la *civitas*. (Lois Julia et Plautia; constitution de Caracalla). Occupons-nous des acquisitions individuelles de la cité.

Au début, c'est le peuple dans ses comices qui fait la concession; la demande est faite par un *asserfor civitatis*, un étranger ne pouvant paraître dans les comices. Plus

(1) Voir ACCARIAS. T. 1 p. 396, et s.

(2) Sur le *jus patronorum* V. PLINE LE JEUNE, Epist. X 8.

(3) Nous admettons la possibilité pour le pérégrin de subir les deux grandes *capitis deminutiones*.

tard, les consuls, les généraux sont investis de ce droit; Marius, en vertu de la loi Apuleia, put créer trois citoyens romains dans chaque colonie. Sous l'empire l'empereur est investi de ce droit.

La concession est exclusivement personnelle, pour les pérégrins comme pour les latins; ni la femme, ni les enfants n'en profitent (1). Studemund a fait une découverte permettant d'établir la distinction entre deux jus Latii : *majus Latium*; *minus-Latium*. MM. Mommsen et Rudorff avaient deviné récemment cette découverte : ils avaient reconnu qu'il devait y avoir deux degrés dans le jus Latii; mais ils avaient été obligés de la fonder sur de pures conjectures : ils appelaient *majus latium* le droit d'arriver à la cité romaine avec sa femme, ses enfants, par l'exercice d'une magistrature; le droit d'arriver seul à la cité romaine, c'était le *minus latium*. Voici, au contraire, quelle serait la distinction de Gaius, qui détruit le système de Mommsen. D'après le § 95 restitué, il y a *majus latium* lorsque la cité romaine est acquise soit par le décurionat, soit par l'exercice d'une magistrature. Il y a *minus latium*, lorsque la cité est acquise par l'exercice d'un *honor* autre que le décurionat. Gaius ne fait aucune allusion à l'acquisition de la cité limitée au latin, ou s'étendant à la famille. Le paragraphe 96 permet d'établir une autre différence qui repose sur les fonctions remplies par les Latins dans leur pays. C'est un curieux et habile système que celui de ces deux degrés d'aptitude à l'acquisition de la cité romaine. Comme on l'a remarqué justement, Rome, en s'enrichissant de nouveaux citoyens, attirait à elle les forces vives de cités jadis rivales.

Accordant le droit de cité à ceux qui exerçaient une

(1) Gaius, I, §§ 93, 94, et Com. I. §§ 95, 96.

magistrature dans les villes alliées, Rome n'acquerrait-elle pas comme citoyens tout ce que ces villes contenaient d'hommes éminents ?

Nous avons admis que la concession du droit de cité était personnelle au Latin ou au pérégrin. Le motif qui empêchait le fils de ce *peregrinus* d'acquérir ce droit avec son père, et de tomber sous la puissance de celui-ci, était tiré de l'intérêt de l'enfant.

D'après la loi de Salpenza, municipe espagnol, le Latin qui avait géré une magistrature, pouvait acquérir le droit de cité avec sa femme, ses enfants, ses ascendants. Nous avons fait allusion au système de Mommsen sur le double droit latin. A l'appui de son opinion, il a tiré argument de ce qui avait lieu à Salpenza, où toute la famille civile acquérait en même temps la cité. Salpenza, d'après lui, aurait joui du *majus Latium*; et il a généralisé la disposition de cette *lex*. (1)

Selon nous, la concession au pérégrin ou au Latin du droit de cité, n'était pas générale; ni la femme, ni les enfants n'en bénéficiaient. La disposition de la table de Salpenza est exceptionnelle (2).

Terminons ce qui a rapport à la *civitas*, en disant quelques mots de la dénationalisation, volontaire ou forcée.

Nous avons déjà fait allusion à la possibilité d'une dénationalisation volontaire; nous avons vu qu'on devient Latin : 1^o par une concession individuelle du *jus Latii*; 2^o par l'émigration dans une colonie latine; 3^o lorsqu'on est affranchi par un Latin; 4^o lorsqu'on est affranchi par

(1) Suivant Niebuhr, le droit des *Latini veteres* était appelé *majus latium*; par opposition à celui des colonies latines, qui n'était qu'un *minus latium*. — Voir Houdoy. Droit municipal. (De la condition et de l'administration des villes chez les Romains), pp. 75, 76 et s.

(2) Chap. XXI. Table de Salpenza.

un citoyen romain, sans formes solennelles, ou par un propriétaire bonitaire, ou avant l'âge de 30 ans.

La naturalisation dans une cité étrangère, fait perdre la qualité de citoyen romain. — L'étranger qui, captif à Rome, est affranchi et regagne sa patrie, devient pérégrin par l'effet du *jus postliminii*, dont les Romains reconnaissent le bénéfice à son profit. Le *postliminium* est, en effet, du droit des gens : ce droit, dit Paul (1), a été établi entre nous et les peuples libres et les rois *moribus legibusque*. Il peut s'appliquer en tout temps, *bello aut etiam citra bellum*, comme l'*occupatio*, à l'égard des barbares, avec lesquels existe un état de guerre permanent.

On devient pérégrin : 1^o lorsqu'on est affranchi par un pérégrin ; 2^o lorsqu'on est affranchi déditice. Le caractère ineffaçable de l'infériorité, qui s'attache à la condition du pérégrin déditice, empêchait le père déditice de devenir citoyen romain par l'*erroris causæ probatio*. Mais la puissance pouvait lui être acquise, si la mère seule était déditice. Comme cette condition était imposée à titre de peine, les enfants du déditice naissaient pérégrins ordinaires ; 3^o par une *media capitis deminutio* forcée, qui était encourue au cas d'une interdiction de l'eau et du feu ; c'était l'exil forcé. On prenait un détour pour arriver à la privation de la cité ; car le principe romain était « *ne quis invitatus civitati mutetur nec in civitate maneat invitatus*. » On ne pouvait enlever à un citoyen ses droits de cité malgré lui ; 4^o par la déportation.

L'ancien droit ne connaissait pas les peines capitales, qui ne privaient le coupable que du droit de cité, en lui laissant la liberté. Mentionnons le droit de se soustraire

(1) Loi, 19. Dig. Liv. 49, T. 15. — Comp. un texte de Proculus. Loi 7, pr. D. liv. 49. T. 15, et un texte d'Aelius Gallus, cité par Festus, (in verb. postliminium.)

à une condamnation par un exil volontaire, à condition que l'exilé choisisse pour résidence une ville avec laquelle Rome a le *jus exulandi*; ce genre de bannissement était suivi d'un plébiscite qui reconnaissait l'exil en le validant; le peuple décrète « *id ei justum exilium esse.* » Cet exil n'est pas une peine, mais un asile.

Le droit international nous présente un cas de *capitis deminutio maxima* : celle-ci était encourue au cas de *deditio*, lorsqu'un magistrat avait conclu de sa propre autorité une *sponsio* avec l'ennemi, si le sénat refusait de la ratifier (1). Si la nation ennemie repousse le *deditus*, ce dernier avait-il droit au *jus postliminii*? Expulsé de la cité, était-il devenu pérégrin *sine civitate*? ou bien, la qualité de citoyen ne se perdant que par l'acquisition d'une autre nationalité, demeurerait-il citoyen? Ce point était controversé (2).

Tels sont les cas qui entraînaient la perte de la cité; nous avons ainsi terminé l'étude de la *civitas*.

(1) Cette extradition rentrait dans les attributions des Fétiaux.

(2) Loi 170. Dig. Liv. 50, T. 7. Cicéron. Pro. Cœcina, § 34.

DROIT FRANÇAIS

DU CONFLIT DES LOIS FRANÇAISES & ÉTRANGÈRES RELATIVEMENT A LA CAPACITÉ DES ÉTRANGERS EN FRANCE.

L'intérêt que présentent les questions de droit international privé, va toujours croissant : c'est qu'en effet les nations vivent aujourd'hui dans une communauté de faits par suite du caractère cosmopolite de la vie moderne et du commerce. Il est dans la nature des choses que les peuples ne se concentrent pas en eux-mêmes. Cette concentration n'est pas impossible, elle existe pour ainsi dire fatalement pour une nation qui n'est pas encore arrivée à son développement ou à un degré de civilisation avancée ; mais bientôt cet isolement jaloux cesse sous peine de mort, pour faire place à une confiance féconde : on peut dire avec Condorcet que le bonheur d'un pays, loin de s'accroître par l'affaiblissement de ses voisins, doit augmenter par leur

prospérité. Un faisceau de liens réunit les différents états. Il y a des rapports nécessaires entre les individus appartenant à des nationalités différentes. Les nations vivent entre elles dans une espèce d'association forcée.

En cette matière du droit international privé, où on avance encore avec hésitation, les principes sont susceptibles d'interprétations diverses. Le code universel de droit international privé, dont une école prépare et espère la confection, n'est pas encore promulgué : ce suprême idéal sera atteint difficilement surtout pour les matières civiles proprement dites. Les questions sont tellement complexes et les problèmes compliqués, qu'il sera souvent dangereux de remettre la solution à une combinaison de formules plus ou moins étroites pour toutes les nations. L'ordre public n'est pas le même dans deux pays différents, et le mot célèbre de Pascal est toujours vrai : « Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà. — On ne voit rien de juste et d'injuste qui ne change de qualité, en changeant de climat : trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence. »

C'est une chose regrettable qu'aujourd'hui les mêmes personnes n'aient pas, en tous pays, le même état, la même nationalité. Les mœurs, la religion, la situation géographique, économique, les richesses, les bonnes ou mauvaises qualités d'une nation influent sur les lois qui lui conviennent. Chaque nation fait ses lois en vue des nationaux.

Le droit international privé est surtout la collision des lois. M. de Savigny dit : C'est la limitation des règles légales par rapport au lieu. C'est une partie de chaque système juridique national. Cette partie tend de plus en plus à se mettre en harmonie avec des principes, la tendance à la personnalité se développe. Cependant, bien que l'accord s'établisse sur certains principes fondamentaux, la divergence se montre dans l'interprétation. Ainsi, presque

partout on admet que les lois qui régissent l'état et la capacité d'une personne, suivent cette personne ; la règle du statut personnel n'est pas absolument méconnue même par l'Angleterre, gardienne jalouse du principe de territorialité : et pourtant sur combien de questions le désaccord n'éclate-t-il pas ? Ici on reconnaît que la loi personnelle est déterminée par la nationalité, là, par le domicile. Les deux principes ont trouvé des esprits pour leur donner une formule, et des gouvernements pour les inscrire dans une législation positive et en faire des applications.

La portée du principe de la personnalité est-elle déterminée avec plus d'harmonie ? Non ; car on n'est pas d'accord sur les exceptions qu'il convient d'y apporter : on se préoccupe plus ou moins, suivant les pays, de l'intérêt des nationaux. Cet intérêt a fait souvent accepter par la jurisprudence des conséquences qui ne seraient admissibles que si la loi territoriale avait un empire étendu incontesté. Le temps a fait son œuvre, et il faut même aujourd'hui renoncer à expliquer l'article 3 du Code civil par les raisons qu'on invoquait lors de la discussion. L'organisation de la propriété, la base de la souveraineté sont changées : la terre n'est plus souveraine, l'homme n'est plus un accessoire de celle-ci. La souveraineté s'exerce sur le territoire, mais le souverain n'est pas propriétaire de la terre.

On tend de plus en plus d'une part à mettre sur la même ligne l'étranger et le national, au point de vue de la jouissance des droits civils ; d'autre part à reconnaître à l'étranger le droit d'être régi par sa loi nationale. La règle théorique, c'est l'empire de la loi personnelle, sauf à céder devant le droit de toute société de se maintenir. En effet, l'individu qui se rend dans un pays étranger ne cesse pas d'être citoyen de l'état auquel il appartient.

Notre but est d'essayer de trancher le problème du conflit des lois françaises et étrangères, relativement à la

capacité des étrangers en France, d'exposer les modifications que, d'après la législation positive, et, dans le silence de celle-ci, d'après les notions générales que nous poserons, et les accords internationaux, le séjour en territoire français apporte dans la capacité des étrangers. Nous étudierons en lui-même le principe de la personnalité ; nous verrons dans les rapports de quelles personnes il s'applique, quelle est sa portée, quelles conséquences il entraîne, quelles exceptions il comporte. Nous aurons à envisager les incapacités générales résultant soit de la loi, soit d'un jugement. Comme nous serons conduit à faire allusion aux grandes questions du droit international privé, nous tracerons un rapide exposé des principes généraux, des systèmes touchant le problème du conflit des diverses législations.

D'un autre côté, nous aurons souvent à interroger la tradition, car la théorie du code civil sur notre matière est traditionnelle ; nous aurons à demander aux anciens auteurs la solution de certaines questions. Il est indispensable de rechercher l'origine du principe de la personnalité, sa première apparition, de nous demander ce qu'on a voulu faire rentrer sous son empire, ce qu'on a voulu lui dérober, son développement jusqu'à son triomphe actuel, puisqu'il est presque universellement admis. Nous commencerons donc par un tracé historique, avant d'exposer les théories principales, pour aborder ensuite de front notre sujet, que nous diviserons de la manière suivante :

Dans un chap. I., nous nous demanderons par quelle loi l'étranger est régi, en France, quant à sa capacité.

Le principe de la personnalité posé, nous ferons connaître les personnes dans les rapports desquelles il s'applique ; et à cet effet, nous établirons deux propositions.

I. Tout étranger est régi en France, quant à sa

capacité, par son statut personnel. (Etranger ordinaire, étranger de l'art. 13, personnes morales, distinction entre les sociétés commerciales et les autres associations).

II. Ce statut régit les rapports juridiques de l'étranger soit avec les autres étrangers, soit avec les Français. (Système de l'intérêt français).

Dans un chapitre III, nous examinerons la portée du principe de la personnalité; nous nous demanderons quelle est l'influence de la loi d'origine et de la loi du domicile sur la capacité.

Le chapitre IV sera consacré à l'étude des effets du principe de la personnalité. Nous traiterons séparément des incapacités spéciales et des incapacités découlant d'un jugement.

Enfin, dans un dernier chapitre nous verrons les exceptions que comporte notre principe. (Effets de commerce négociables par voie d'endossement, incapacités dérivant de condamnations criminelles, déchéances ayant un caractère politique, ordre public).

Pour conclure, nous nous demanderons quels sont, dans notre matière, les pouvoirs des juges du fond. Comment faut-il entendre le droit de contrôle de la cour de cassation? Est-elle compétente pour rectifier l'interprétation d'une loi étrangère, donnée par une cour d'appel?

HISTORIQUE

En notre matière, plus que dans toute autre, s'impose à nous une étude de la question dans l'ancien droit. Nous examinons, à propos de la capacité des étrangers en France, une application du principe de la personnalité généralement admise par nos anciens auteurs. Il est donc important de rechercher l'origine de ce principe, à quel titre et avec quelle portée il a été admis. Les Glossateurs et les autres écoles de juriconsultes ont leur part dans le progrès considérable du droit international privé à notre époque. S'ils n'ont pas toujours donné aux questions une solution scientifique, faute de base philosophique ou juridique, s'ils n'ont pas pu voir dans ce que nous appelons droit international privé, une science avec ses principes, si, pour ne pas s'être dégagés du milieu féodal dans lequel ils vivaient et des idées admises sur la souveraineté, ils n'ont pas vu que le plus souvent il ne s'agissait que d'intérêts purement privés et ont exagéré l'empire de la loi territoriale, en usant de distinctions subtiles, il faut néanmoins leur savoir gré d'avoir ouvert la voie. Voyons donc le contingent qu'ils nous fournissent, les principes qu'ils nous ont légués ; comment ont-ils tranché le problème du conflit des lois ?

Période germanique. — Le droit germanique lègue le principe de la personnalité des lois : son application devait faire naître des conflits nombreux entre plusieurs législations; mais l'incertitude règne sur la manière dont ces conflits étaient vidés.

Au moment où la féodalité s'établit, les vainqueurs se sont mêlés aux vaincus ; les langues barbares disparaissent peu à peu pour faire place à des idiômes d'origine latine, d'où devait sortir le français. En s'établissant sur le sol, en perdant leur caractère nomade, les différentes tribus, auparavant distinctes, se sont fusionnées. Puisqu'il y a eu fusion des races et mélange des familles entre elles, le principe germain n'avait plus de raison d'être; il se fonde sur la différence des tribus, la distinction des familles ; or, il n'y a plus qu'une seule famille, qu'une seule nation ; on a perdu la notion de la différence des berceaux. La nationalité devient territoriale, les coutumes sont réelles.

Période féodale. — Le principe nouveau s'introduisit facilement : car voici les traits caractéristiques de la société féodale, à cette époque.

I. Le premier, c'est l'absence complète de la notion de nationalité, telle que nous la concevons aujourd'hui ; l'idée de la souveraineté se confond avec celle de la propriété ; dès lors on ne peut avoir la notion de l'Etat, de la patrie, constituant une grande famille, embrassant un territoire étendu, s'appuyant sur des ressemblances de race, de langue, de mœurs. D'un autre côté, l'Etat féodal a peu conscience de lui-même ; il se dirige plutôt par des tendances et des instincts, que par des principes. La coutume sera la source principale du droit ; de là l'absence d'un droit national réglant également la vie de tous ; le droit public et le droit privé en effet sont partout mêlés. Le pouvoir public est brisé et ses débris relient, par

degrés, le seigneur au roi, et les seigneurs l'un à l'autre. La notion de la souveraineté se trouvant restreinte dans celle de la propriété, il y a autant de souverains que de propriétaires. Chaque petit seigneur est roi dans sa seigneurie. Des individus appartenant à différentes races d'origine germanique, ne peuvent plus invoquer leurs lois personnelles ; car, dans le fief, il n'y a plus de distinctions d'origine, de nationalité ; il n'y a plus que des sujets autour d'un maître, des ressortissants d'un même fief ; dans un fief les vassaux ont un caractère unique ; ils sont les hommes de la terre et en même temps les hommes du seigneur ; ce n'est plus la loi d'origine, la loi de leur famille qui leur est applicable ; c'est la loi qu'il plaît au seigneur de donner à la terre. La terre attire à elle l'homme, qui n'en est que l'accessoire.

II. La société féodale est assise sur une hiérarchie de contrats superposés, qui s'enchevêtrent les uns dans les autres, depuis le dernier serf jusqu'au suzerain principal ; c'est toujours le contrat aux mêmes traits caractéristiques ; obligation de foi et hommage, obligation de protection et de fidélité ; chacun de ces contrats est limité quant au territoire auquel il s'applique et quant aux personnes qui y sont intervenues. Combien la notion du droit empruntait-elle un caractère restreint ; il fallait appliquer aux rapports entre individus le principe général des conventions avec l'effet absolument relatif ; il ne pouvait y avoir de droit qu'entre individus liés par des contrats semblables ; par une conséquence naturelle, on devait déclarer que, sur l'étendue d'une seigneurie, la coutume seule de cette seigneurie pourrait être applicable en vertu du contrat féodal. La notion même de ce contrat répugnait à l'extension des lois territoriales.

III. Signalons un dernier caractère. L'isolement est la marque principale de la vie sociale à cette époque. La

division se subdivise ; le grain de sable aspire à l'atome, chacun se fixe au sol ; l'homme ne sait bientôt plus s'il existe un monde en dehors de sa vallée ; tout se morcelle et le droit se concentre dans le petit territoire qui s'est formé ; la force d'expansion devient nulle ; la vie devient locale ; or l'apparence extérieure de la vie sociale, c'est le droit ; le droit, expression de la vie, emprunte donc son caractère ; il devient local et varie à l'infini suivant le nombre des petits cercles ; les coutumes sont ennemies, parce que les individus eux-mêmes, appartenant à différents centres, sont ennemis ; il n'y a pas de rapports intimes entre les différentes concentrations ; il n'y a pas fusion.

On arrive naturellement à poser le principe de la réalité des coutumes. La loi locale est rigoureusement applicable non-seulement aux biens qui se trouvent sous l'empire direct de cette loi, aux immeubles faisant partie d'un même territoire, mais encore aux personnes qui y contractent un rapport juridique. On faisait notamment l'application suivante : Le vassal devait rendre hommage à son seigneur à un certain âge, qui s'appelait la majorité féodale ; celle-ci variait suivant les coutumes ; ici elle coïncidait avec l'âge de la puberté, 14 ans ; là, c'était 17 ans, etc. Lorsqu'un mineur avait des fiefs placés sous l'empire de différentes coutumes, à quel âge devait-il rendre hommage au seigneur ? Quelle était la majorité féodale ? Il semblerait naturel de répondre que le statut fixant la majorité était essentiellement personnel ; il faut s'en référer à la loi de l'origine du mineur. A cette époque, il n'en était pas ainsi ; il fallait suivre pour chaque fief la loi de ce fief. Si un fief était situé sous une coutume où il faut rendre hommage à 14 ans, l'hommage sera rendu à cet âge ; pour les autres fiefs, ce sera tantôt à 14 ans, tantôt à 18 ans, etc. La même

cérémonie se renouvellera aux différentes majorités féodales.

Il semble qu'en comparant ce résultat à celui qui découle de la législation des Germains, il y ait un abîme entre les deux législations ; celle des Germains nous lègue le principe de la personnalité ; avec la législation féodale, nous arrivons au principe opposé : sans doute, il y a un abîme dans les résultats que produisent ces deux principes. La différence entre les deux systèmes s'explique parfaitement : en réalité les deux principes, si différents qu'ils soient, procèdent absolument de la même source ; le même motif les a inspirés. Cette source unique, c'est l'esprit d'individualisme. Chez les Germains, c'est l'individu qui est le centre des institutions sociales ; c'est lui qui doit être suivi par sa loi d'origine. La notion de l'Etat, de la collectivité, des intérêts généraux supérieurs aux intérêts privés n'existe pas ; l'individu est chargé de défendre sa liberté ; c'est au maintien de la liberté de l'individu que tendent les institutions. La meilleure preuve de cet isolement, c'est l'organisation de la justice criminelle : chez les Germains, le délit ne semble porter d'autre atteinte que l'outrage fait aux particuliers, qui se trouvent seuls chargés d'appliquer la pénalité. L'esprit d'individualisme domine aussi dans la société féodale, mais avec un autre caractère ; ce n'est plus l'individualisme appliqué à l'individu lui-même ; c'est l'individualisme appliqué aux petits cercles, dans lesquels cet individu vit et se développe. Chez les Germains, il y a jalousie de l'individu contre l'individu, et concentration de la vie individuelle ; ici, il y a encore concentration de la vie, non dans des individus, mais dans des petites sociétés, agglomérations d'individus, dont chacune est jalouse de l'autre ; c'est toujours l'influence de l'esprit de corps. La même influence fit donc admettre un principe, qui est

l'opposé du principe germain : la jalousie de la loi représentant elle-même la jalousie des habitants contre les habitants d'un autre centre. Le droit se localise comme la souveraineté.

Les Glossateurs. — Le principe de la réalité amenait nécessairement des conflits nombreux. Chaque fois qu'on changeait de seigneurie, on changeait de loi ; si un rapport juridique était susceptible de se former, de se développer, de s'éteindre sur plusieurs territoires, il pouvait y avoir à propos de cet unique rapport juridique plusieurs coutumes applicables. Les conflits devenaient plus importants à mesure que les relations se multipliaient entre les individus. Le principe pouvait encore s'appliquer sans grande difficulté, tant que la société féodale s'immobilisa dans cet isolement qui formait son principal caractère : aucune relation entre les hommes, sauf la guerre. Peu à peu le commerce, l'industrie amenèrent des relations forcées entre les différents peuples, surtout entre les diverses seigneuries ; l'isolement cessa ; la force de résistance fut brisée. On sentit alors combien le principe de la réalité offrait d'inconvénients au point de vue pratique.

Il s'opéra une réaction qui se produisit d'abord en Italie ; ce fut là qu'on sentit, en premier lieu, les inconvénients du système ; là en effet surtout se développèrent le commerce et l'industrie. Les Glossateurs, qui interprétèrent le droit romain, se firent les représentants de cette réaction. Leur influence est grande ; le contingent qu'ils fournissent est considérable.

Quel est le principe fondamental qui inspire les Glossateurs ?

Pour eux, le droit romain constitue le droit commun non seulement de l'Italie, mais encore de tous les pays de l'Europe : comme les subtilités ne coûtent rien à cette

époque, ils disent : les empereurs romains étaient souverains de toute l'Europe, puisqu'il faut laisser de côté les peuples barbares ; actuellement, l'Empereur est le successeur des empereurs romains ; par conséquent sa souveraineté s'étend à toute l'Europe. Le droit romain, le droit commun de l'Italie, devint le droit commun de l'Allemagne, l'Allemagne étant le saint empire romain. Il y avait bien un obstacle de fait à l'application : à l'époque des Glossateurs, il y avait des monarchies, des républiques qui, parfois, ont tenu tête à l'influence de l'Empire. Il y avait opposition entre le fait et la fiction. Ils imaginent alors une autre fiction : en apparence, il y d'autres souverainetés ; mais ces souverains tiennent leur souveraineté des empereurs romains, ou de l'Empereur ; ils la tiennent directement par une concession quelquefois expresse ; ou indirectement par un privilège tacite, parce que l'Empereur souffre qu'ils restent indépendants. Le droit romain doit l'emporter en cas de doute : telle est la conclusion.

A côté du droit romain, les Glossateurs reconnaissent l'existence de lois locales ; notamment, en Italie, chaque ville, chaque municipalité, avaient fait des règlements écrits, nés quelquefois de l'usage et qui s'appliquaient à la presque totalité des rapports juridiques : ces lois locales s'appellent ordinairement *statuta*, et ne sont que des exceptions : les Glossateurs professent à leur encontre le dédain le plus profond. Bartole, le célèbre jurisconsulte italien, le prince des Glossateurs, appelle les statuts locaux, le *jus asinorum*, *leges asinorum*.

De ce principe découlent les conséquences suivantes :

1^o Lorsqu'il y a conflit entre le droit romain et le statut local, le statut est *strictissimae interpretationis* ; il est limité dans son application au territoire pour lequel il a été fait ; on ne doit pas l'appliquer aux territoires, n'ayant pas de statuts qui dérogent au droit commun, c'est-à-dire

au droit romain : les Glossateurs citent deux exemples. — En droit romain, le mineur de 25 ans peut invoquer l'*in integrum restitutio*. Il y avait en Italie des statuts locaux fixant l'âge de la restitution à un âge inférieur, par exemple, 17 ans. Ce statut local dérogeant au droit commun, ne peut être appliqué en dehors de la commune pour laquelle il a été établi. Si un individu, arrivé à un âge intermédiaire entre 17 et 25 ans, domicilié dans une telle commune, vend un immeuble situé sur un territoire, où le statut local confirme le droit romain, la vente pourra être résolue, le mineur pourra invoquer la restitution, sans qu'on puisse lui objecter le statut local de son domicile. — En second lieu, d'après le droit romain, le fils de famille, en principe, ne peut faire un testament. Il y avait, en Italie, des statuts locaux qui effaçaient cette incapacité. Le fils, domicilié dans la commune, où un tel statut a été promulgué, peut disposer par testament des biens qu'il possède dans l'étendue de cette commune ; mais ces statuts sont *strictissimae interpretationis* ; ils sont limités, dans l'application, au territoire pour lequel ils ont été faits.

2° Le conflit peut s'élever, non plus entre le droit romain et un statut local, mais entre deux statuts locaux différents. Dans ce cas, comment résoudre le conflit ? Ici les Glossateurs inventent, systématisent la fameuse distinction, devenue classique, des statuts réels et personnels, le groupement des lois, à l'aide duquel Bartole et ses élèves essayaient de classer les règles affectant l'état des personnes et celles affectant les choses.

A. Les statuts réels sont les règles des coutumes ou des édits locaux qui se rapportent aux biens immobiliers ; on les appelle réels, parce qu'ils sont essentiellement territoriaux. Leur application ne peut s'étendre à des biens situés dans des lieux soumis à d'autres statuts. Pour les

distinguer, les Glossateurs, quelquefois assez puérils, avaient proposé ce moyen pratique. Le statut est réel, lorsqu'il commence par mentionner les biens; lorsque le premier mot de la disposition a trait à la personne, le statut n'est plus réel. Un statut local porte une disposition ainsi conçue : *Bona decedentium veniant in primogenitum*. D'après Bartole, le premier mot désignant les biens, le statut est réel. Supposons que le statut local se soit exprimé ainsi : *Primogenitus succedat in omnibus bonis*. C'est le même statut que le précédent; il n'est plus réel. — La loi dépendait de pures formes grammaticales.... On a abusé, croyons-nous, de la fameuse distinction indiquée par Bartole, pour établir sa classification. Ne peut-on pas penser que Bartole ne présentait qu'une décision d'espèce, et comme il s'agissait d'un statut défavorable, son opinion était qu'il fallait l'interpréter à la lettre d'une façon stricte. Mais était-il d'avis de généraliser le procédé, de l'employer toujours pour reconnaître si un statut était réel? il est permis d'en douter. Quoi qu'il en soit, il était facile de critiquer la conséquence qu'on tirait du simple placement des mots, et les railleries n'ont pas fait défaut.

B. Le statut personnel est celui qui a trait soit à la personne, soit aux biens mobiliers. Les Glossateurs posent déjà le principe que les meubles suivent la personne. C'est à eux qu'il faut faire remonter la fameuse maxime : *Mobilia ossibus inhærent*. En effet, disent-ils, les meubles servent directement à la personne et sont faits pour son usage; ils n'ont pas d'autre utilité que celle-là; ils n'ont pas d'autre assiette que le domicile de la personne, et restent là où elle demeure; ils doivent suivre son sort juridique. On appelle ces statuts personnels, parce qu'ils reçoivent leur application, même dans des lieux où la coutume locale les ignore ou les contredit : seulement, cette

extension n'était pas absolue, et d'une façon générale on ne peut dire que parce qu'un statut est personnel, il s'étend nécessairement au-delà du territoire où il a été promulgué. Nous rencontrons, en effet, chez les Glossateurs une nouvelle distinction entre les statuts personnels favorables, pouvant s'étendre au-delà du territoire; et les statuts personnels défavorables ne dépassant pas le territoire pour lequel ils ont été établis. C'est encore de l'application de cette distinction que naît la maxime : *Odiosa sunt restringenda*.

Quels sont ces statuts favorables ou défavorables ?

Ici nous nous trouvons en présence de l'arbitraire; le désaccord était complet dans la pratique. Les lois sur l'incapacité du mineur et de la femme mariée sont considérées comme des statuts favorables, parce que ce sont des mesures de protection. La loi locale qui exclut les femmes de la succession est, d'après les Glossateurs, une loi défavorable, parce qu'elle enlève à la femme des droits sur lesquels elle pouvait légitimement compter; mais, pouvait-on dire, ce statut, s'il est défavorable à la femme, est favorable à d'autres points de vue. C'était une erreur que de chercher le fondement de la réalité dans le caractère favorable ou odieux des statuts.

Telle est la théorie des Glossateurs: elle se perfectionne par une nouvelle règle qu'ils ont eu l'honneur de transmettre à la postérité: *locus regit actum*. Les formes d'un acte, le vêtement d'un rapport juridique sont régis par la loi du lieu où le rapport se forme. Ils admettent tous le principe, mais ils sont en désaccord sur l'application. A propos de la distinction entre les formalités intrinsèques, extrinsèques, habilitantes, ils se perdent dans des discussions à l'infini; Bartole, à qui revient l'honneur d'avoir créé la règle, appuyait cette solution

heureuse sur des textes romains (1), bien que la règle fût inconnue à Rome.

Bartole a avec raison étendu l'empire du principe de la personnalité ; il ne distingue pas entre l'état universel et l'état particulier , entre les incapacités générales et spéciales ; il a fait une part à la volonté en matière de conventions (Dumoulin, plus tard, s'en souviendra pour bâtir sa théorie du consentement tacite). On relève dans ses œuvres beaucoup de décisions heureuses, précises, mais rarement une théorie.

On peut dire qu'on trouve chez les Glossateurs une sérieuse tentative de résoudre les conflits avec un esprit scientifique : mais moins que les autres ils étaient capables de trancher un problème qui ne l'est pas encore aujourd'hui. Ils étaient liés par les textes romains, dans lesquels ils puisaient des distinctions subtiles qui, au reste, étaient bien dans l'esprit de la logique du moyen-âge. Les théories qui n'étaient pas romaines, puisque Rome ignore les conflits de législations, s'étaient de textes mal lus, isolés à dessein, épars dans le Digeste ou le Code, détournés de leur signification et de leur portée. Leurs théories étaient ingénieuses ; quelques-unes, fécondes, ont répondu aux exigences de leur temps et encore de l'avenir ; la distinction des statuts est restée la base de la jurisprudence en cette matière, pendant trois ou quatre siècles. Ce système marquait le plus grand progrès possible, dans les circonstances historiques particulières des états, à cette époque.

Période de l'ancien droit, proprement dit. — Comment l'influence se répandit-elle en France ? A l'époque où la féodalité commence à disparaître, les vestiges qu'elle avait laissés subsistèrent longtemps. Aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence, l'esprit féodal

(1) L. 6. De. evict, 21, 2 ; L. 2. C... 6., 32.

domine. Le principe que les coutumes sont réelles, est considéré par tous comme un axiome de droit. Loysel, dans son livre des *Institutes coutumières*, où il condense les principes généraux extraits des différentes coutumes de France, cite ce principe comme incontestable. Cette règle était la base de beaucoup de décisions de parlements. Il serait plus facile d'enlever à Hercule sa massue que de faire départir nos praticiens de cet axiome, disait Stockmans, jurisconsulte belge. Si on s'accorde pour reconnaître le principe général, on admet aussi que ce principe produit en pratique des inconvénients, à cause de la diversité des coutumes et de la multiplicité des relations entre les habitants des différentes parties du royaume; on arrive ainsi peu à peu à battre en brèche la règle ancienne. Des modifications considérables sont introduites avec la théorie des statuts.

THÉORIE DES STATUTS

Les problèmes qui sont étudiés sous ce nom, les conflits qui donnent lieu à de nombreuses décisions de la jurisprudence, ne se rapportent pas au droit international tel que nous l'entendons aujourd'hui. Les juriconsultes ne se préoccupent pas souvent, au XVI^e siècle, du conflit entre législations française et étrangère. Il s'agit, en général, de rapports entre deux communautés régies par une loi locale différente et sous un même souverain, des relations de deux systèmes locaux dans un même état. Bien que les deux législations en litige soient deux coutumes, établies toutes deux et nées sur le territoire national, c'est cependant un point qui touche au droit international. Lorsque plus tard les différences de coutumes ont disparu, lorsque l'unité de législation s'est faite, les principes qui avaient servi à régler les conflits entre coutumes, servirent à régler les

conflits entre législations française et étrangère. On comprend pourquoi les juriconsultes anciens ne se sont pas préoccupés des conflits de droit international, tels que nous les définissons aujourd'hui; c'est que les étrangers ne jouissent que d'un petit nombre de droits; leur condition juridique était très restreinte au point de vue de la jouissance des facultés qu'on leur accordait; il y avait peu de place pour les conflits; on se préoccupe peu de problèmes qui n'étaient pas journaliers; au contraire, les rencontres entre coutumes avaient lieu tous les jours.

Nous nous trouvons en présence de deux écoles radicales: l'une, celle des réalistes, tend à donner à la règle que les coutumes sont réelles, la plus grande extension possible; les partisans de cette opinion n'y font des restrictions que contraints et forcés; les restrictions ont toujours le caractère d'exceptions et sont *strictissimæ interpretationis*. La deuxième école est progressiste; elle combat la règle tout en l'admettant; au lieu de tout donner à la réalité, elle tend à élargir de plus en plus la place qui va être faite à la personnalité. La première école comprend la majorité des auteurs qui ont écrit sur la matière des statuts: les principaux sont: en France, d'Argentré, qui a écrit un livre remarquable sur la coutume de Bretagne; c'est le chef des réalistes; en Belgique, Bourgoingne (Burgundus), qui a laissé un commentaire sur les coutumes de Flandre; en Hollande, les deux Voet, qui ont écrit sur la législation romaine et sur la législation hollandaise. Ils représentent dans les trois pays les têtes les plus importantes du parti réaliste.

Première école. — Réalistes. — Le principe de la réalité des coutumes n'est pas seulement une règle de droit; c'est encore une règle politique, intéressant

essentiellement l'ordre public, et presque l'ordre constitutionnel ; en effet, disent les jurisconsultes, les coutumes sont réelles, parce qu'elles sont souveraines : puisqu'elles sont souveraines, elles ne peuvent admettre sur le territoire où elles s'appliquent, la concurrence d'autres coutumes, ce serait la concurrence d'une autre souveraineté. Qui dit souveraineté, dit indépendance, liberté complète d'agir sur un territoire.

Si les réalistes posent le principe, ils savent reconnaître que la limitation stricte des coutumes au territoire, l'impossibilité pour elles de s'étendre au-delà des frontières, amènent en pratique des inconvénients considérables, qui leur paraissent surtout sensibles, lorsqu'il s'agit des règles sur la capacité des personnes. Le jurisconsulte d'Argentré, lui-même, chef du parti réaliste, fait remarquer qu'il est impossible qu'une personne incapable puisse, en changeant de lieu, changer en même temps son état, sa capacité ; il est inadmissible qu'elle puisse, en se transportant à quelques lieues de sa résidence ordinaire, faire un acte que, dans cette résidence, elle n'aurait pas pu accomplir.

De ce qui précède découle la conséquence suivante : A côté des coutumes réelles, il faut reconnaître certaines règles, qui suivent la personne partout où elle se trouve, qui doivent recevoir leur application hors du territoire où elles ont été établies, lorsque la personne elle-même est sortie de ce territoire, pour aller accomplir ailleurs un acte juridique quelconque. Ces règles, auxquelles on reconnaît une telle force d'expansion, sont proprement appelées statuts personnels ; ces statuts, en effet, suivent la personne. D'après Bourgoingne, l'incapacité déteint sur la personne ; c'est comme une plaie qu'elle aurait au corps (1) ; il est impossible de s'en débarrasser.

(1) *Burgundus. ad consuetudines Flandrie tract, 11, n° 7.*

Quelles sont donc ces règles personnelles ? Sur ce point, les définitions sont nombreuses et varient avec chaque auteur ; la plus en vogue est celle donnée par d'Argentré : « Les statuts personnels sont ceux qui regardent principalement l'état de la personne, qu'ils règlent d'une manière universelle, et ne contenant aucun élément concernant les choses : (*ut personalia sunt puta de personarum statu agi oportet citra rerum immobilium mixturam et abstractè ab omni materia reali*, (art. 228. Cout. de Bretagne). Cette définition était entendue par les jurisconsultes de cette école dans un sens tout à fait restrictif ; et de là découlaient les conséquences suivantes :

Première conséquence. — Les statuts qui établissent une incapacité particulière ne sont pas personnels. On ne reconnaît comme personnels que ceux qui fixent l'état général, universel de la personne, par exemple, ceux qui établissent que telle personne est mineure, telle autre majeure ; ceux qui établissent l'incapacité de la femme mariée. Ceux qui établissent une incapacité particulière, qui imposent une obligation négative à une personne, qui, pour le reste, conserve une libre capacité, sont restreints au territoire. Des coutumes défendent au mari de faire à la femme pendant le mariage des libéralités. S'agit-il là d'un statut réel ? Si la coutume du domicile du mari admet cette prohibition, celle-ci s'étendra-t-elle aux biens situés sous l'empire d'une autre coutume, où la prohibition n'existe pas ? Il s'agit d'une incapacité spéciale, partant d'un statut réel. Ce n'est que dans l'étendue du territoire où la prohibition existe, que le mari est lié.

Les jurisconsultes appuient leur distinction sur deux motifs : le premier, c'est que les incapacités spéciales concernent les biens plus que la personne ; les règles sur l'état universel sont destinées surtout à protéger l'individu,

on fait abstraction des biens. En ce qui concerne, par exemple, la prohibition des donations entre époux, la coutume a voulu conserver les biens dans la famille, s'opposer aux dilapidations que pourrait faire le mari, et non simplement protéger la femme ou le mari. Le second motif, c'est que l'incapacité spéciale constitue une dérogation à l'état général de la personne, c'est une entrave mise à la liberté dont elle jouit pour toute autre espèce d'actes. L'état général étant la règle, doit suivre partout la personne, l'incapacité spéciale étant l'exception, doit être restreinte dans les limites du territoire où elle est établie; là où elle n'est pas prononcée, on se retrouve en présence de l'état universel, de la liberté qui est la règle générale.

Remarquons que Bartole considérait comme un statut personnel celui qui défend aux époux de se faire des libéralités pendant le mariage, solution qui, à notre avis, doit être admise.

Deuxième conséquence. — Il y a dans les coutumes des règles qui concernent à la fois la personne et les biens, de sorte qu'il est assez difficile de dire si c'est la personne qui est affectée principalement ou si c'est le patrimoine qu'on a surtout en vue. D'après certaines coutumes, il est défendu au mineur d'aliéner des immeubles : cette prohibition constitue-t-elle une protection pour la personne du mineur ? N'est-ce pas une règle qui a pour objet de conserver le patrimoine dans la famille en empêchant la dilapidation des biens ?

Les statuts de ce genre, dit-on, seront considérés comme formant une troisième catégorie, catégorie com-mode, à laquelle on a donné le nom général de statuts mixtes. Mais si on distingue les statuts mixtes des statuts réels et personnels, au point de vue des conséquences pratiques il n'y a aucune différence entre les statuts réels

et les statuts mixtes; ceux-ci, d'après les jurisconsultes de cette école, sont soumis aux mêmes principes que les statuts réels, ils ne s'étendent pas au-delà du territoire.

Le jurisconsulte des Pays-Bas, Jean Voet, lui aussi distingua des statuts mixtes; il classa dans cette catégorie spéciale les statuts de forme, qu'il mettait en dehors de la distinction des statuts réels et personnels (Bouhier et Prévôt de la Jannès verront dans les statuts de forme des statuts personnels (1), Boullenois tendra vers cette opinion). Il ne faut donc pas confondre les statuts mixtes de Jean Voet avec les statuts mixtes des jurisconsultes français, dont la conception, comme nous le voyons, était beaucoup plus large (2). Au XVIII^e siècle, Boullenois réfutera beaucoup de statuts mixtes proposés par d'Argentré et Burgundus. Pour lui (et pour Rodemburg), les statuts mixtes sont les statuts particuliers personnels réels. « L'objet de telles lois, dit-il, est de régler la personne et les biens également pour les uns et pour les autres en rendant certains biens disponibles par la personne et en habilitant celle-ci dans ce but seulement (3) ». Un pareil statut est peu normal. S'il y a un statut mixte, il n'est pas dans la combinaison de deux éléments qui s'excluent; on peut toujours rechercher la prédominance du caractère personnel ou du caractère réel, pour classer la disposition.

Troisième conséquence. — Quelques jurisconsultes vont plus loin : forcés d'admettre des statuts personnels, ils

(1) Prévôt de la Jannès (Disc. sur la dist. des statuts, n^o 13). Bouhier. T. 1, ch. 23 et 28.

(2) Paul Voet reconnaissait aussi un statut mixte, dans lequel il voyait l'ensemble des règles sur les formes.

Mixta dicuntur meo sensu quæ non principaliter de re vel de persona disponant, verum de modo vel solemnitate in omnibus negotiis et causis sive judicialibus sive extrajudicialibus adhibenda (de statutis, sect. 4 cap. 2, n^{os} 3 et 4).

(3) *Traité des statuts*, T. I, p. 5 et 122, obs. 6.

s'empressent d'entendre cette expression dans le sens le plus étroit. En effet, les statuts qui établissent une incapacité générale, et visent l'état universel de la personne, n'ont pas d'effet hors du territoire sur les droits réels qui sont acquis, mais seulement sur les obligations nées entre les parties ; ils ne s'étendent hors du territoire de la coutume que lorsqu'il s'agit de restreindre l'effet de l'obligation personnelle ; lorsqu'il s'agit de la chose indirectement mêlée à l'affaire, le statut personnel n'a plus aucun effet. {D'après une coutume, un mineur est incapable d'aliéner ses immeubles ; la coutume du lieu où les immeubles sont situés n'admet pas la même prohibition. Qu'arrivera-t-il si le mineur, incapable d'après la loi du domicile, aliène en fait un immeuble régi par une coutume qui reconnaît la validité de l'aliénation ? Si on disait : l'état universel de la personne la suit partout où elle se trouve et affecte les actes quels qu'ils soient qu'elle peut consentir, il s'ensuivrait que l'aliénation de l'immeuble serait annulable, quoique le bien soit situé dans un lieu où la même incapacité n'existe pas. Or, cette conséquence est repoussée ; on distingue : le mineur ne pourra pas revendre l'immeuble qu'il a aliéné, lorsque la délivrance en aura été faite. Il ne pourra pas invoquer son incapacité, pour faire tomber l'aliénation, si en fait elle a été exécutée. S'il n'y a pas eu livraison, il peut opposer l'exception d'incapacité à l'action en délivrance dirigée contre lui par l'acquéreur (1).

Ainsi l'état universel de la personne peut avoir pour effet de paralyser les obligations nées à la charge de cette personne, mais aucune atteinte n'est portée aux droits réels acquis.

Cette distinction subtile, est absurde et anti-juridique. Il est contraire aux notions élémentaires du droit qu'une seule et même personne, à propos d'un seul et même acte, relatif à une seule et même chose, puisse être à la

(1) *Burgundus : ad consuetudines Flandriæ, trac. I, n° 7 et suiv.*

fois capable et incapable. Dans la vente où il n'y a qu'un seul vendeur, le mineur, une seule chose vendue, un immeuble, le mineur ne peut être capable ou incapable suivant l'époque du contrat à laquelle on se place. L'incapacité est quelque chose d'indivisible et qui ne change pas suivant les circonstances extérieures.

De même, sur la question de savoir si le S.-C. velléien, défendant aux femmes d'intercéder pour autrui, est un statut personnel, Burgundus émet l'opinion que l'intercession contient deux choses, l'obligation de la personne et l'hypothèque sur ses biens. La personne n'est pas obligée si la loi du domicile ne le veut pas. A l'égard des biens, comme la loi de la situation les régit, ils ont pu être affectés et hypothéqués conformément à la loi de la situation.

Le même jurisconsulte rejetait la règle : *locus regit actum*; on devait faire autant de testaments qu'il y avait d'immeubles situés dans le ressort de lois différentes.

Quatrième conséquence. — Le jurisconsulte hollandais, Paul Voet, va encore plus loin. C'est une opinion personnelle, mais elle a une grande autorité (1). — Les statuts personnels sont ainsi appelés, parce qu'ils suivent la personne hors du territoire, et qu'ils régissent l'acte qui s'adresse à des biens situés sur ce territoire, en quelque lieu qu'il soit passé. Aucun statut, de quelque nature qu'il soit, ne s'étend, d'après Voet, hors du territoire de celui qui l'a porté, ni directement, ni par voie de conséquence. Le mineur reste soumis au statut personnel quant aux biens situés sur le territoire du statut. L'acte de disposition qu'un mineur, domicilié dans une coutume qui fixe la majorité à vingt-cinq ans, et dans laquelle sont assis ses biens, ferait hors du territoire, par exemple, en un endroit où la majorité est fixée à un âge inférieur, cet acte de

(1) P. Voet. De statutis, sect. IV, cap. 2, n° 5, 6, 7.

disposition serait nul. *Quid* des biens situés sur le territoire de cette dernière coutume? Le mineur, dans cette coutume, s'il a atteint l'âge inférieur, sera réputé majeur, à l'endroit où les biens sont situés; il pourra en disposer.

On détruit absolument le principe de la personnalité, on se heurte aux inconvénients signalés par le jurisconsulte d'Argentré lui-même.

Cependant on voit poindre, dans cette école, le germe du système devenu plus tard prépondérant en Angleterre, et qui, en France, jouit auprès de certains jurisconsultes et de certaines cours d'appel d'une autorité prépondérante.

Jean Voet a étudié les statuts dans son *commentaire sur les Pandectes* (1). Il admet aussi le principe de la réalité; c'est pour lui le *summum jus*, le *droit mordicus*: il faut, en bonne politique, que les états tiennent mordicus à cette institution, à ce principe d'ordre public. Cependant, comme la *summa injuria* est bien près du *summum jus*, il admet qu'on peut y déroger, non en vertu d'une règle de droit, mais simplement par calcul, par courtoisie, *ex comitate*. Il cite comme exemples de cette courtoisie internationale deux règles admises par les auteurs et la jurisprudence et qui portent un échec considérable au principe de la réalité: 1^o *Mobilia sequuntur personam* et; 2^o *locus regit actum*.

Jean Voet, le premier (2), emploie le mot *comitas*, qui alors désigne surtout dans l'esprit des auteurs réalistes, toutes considérations d'intérêt bien entendu. C'est Rodemburg qui, pour repousser les conséquences rigoureuses, dans la pratique, de la théorie de Burgundus, avait jeté les bases de la théorie dite de la *comitas*, développée par Voet et la jurisprudence des Pays-Bas, La doctrine hollandaise pénétra dans la Grande-Bretagne et aboutit aux

(1) Liv. I, Tit. IV, pars. 11.

(2) Comment ad Pand. L. I. Tit. IV, pars. II, t. 1, p. 34.

théories utilitaires en vigueur actuellement en Angleterre, où se sont aussi conservées les idées réalistes des juriscultes hollandais. On accorde à la *lex rei sitæ* une influence considérable.

Tous les réalistes ont donc admis qu'il y a des lois personnelles, mais ils ont eu recours à des subtilités pour restreindre l'étendue du principe de la personnalité, en neutraliser les effets. Le statut personnel devient presque nominal à force d'être réalisé.

La jurisprudence des Pays-Bas, les tribunaux situés en Flandre ou en Hollande, consacraient les principes posés par Jean Voet. Cette jurisprudence, à ce point de vue, se distingue de celle du Parlement de Paris, qui se rapproche de la seconde école.

Deuxième école.— Celle-ci a un trait caractéristique qui la distingue de l'école précédente. C'est la tendance progressive vers la personnalité. Sans doute les partisans de cette école admettent encore le principe que les coutumes sont réelles; ils n'osent pas attaquer de front une vieille règle traditionnelle, admise comme incontestée par les auteurs, la jurisprudence.

Dumoulin (1), le représentant le plus autorisé de cette seconde école, dit formellement : *Teneas indistincte quod statuta vel consuetudines, tanquam reales, non extenduntur ultra sua territoria*. Il laisse subsister la règle; mais tous s'efforcent de la tourner et d'y apporter indirectement le plus d'exceptions possible. C'est cette tendance à la personnalité que nous allons étudier. Les principaux représentants de cette école française sont Dumoulin, le président Bouhier, Prévôt de la Jannès.

La tendance se manifeste extérieurement par certaines innovations, violemment contestées par les partisans de l'autre système.

(1) Notes ou apostilles sur les *Conseils* d'Alexandre. V. surtout : conseil 53. (Œuvres t. II.)

Première innovation. — En matière de conventions, il faut rechercher la commune intention des parties, pour savoir quel est le statut applicable (1).

L'innovation est considérable; car, d'après la théorie en vigueur jusque là, il fallait toujours suivre le statut du lieu où la convention avait été passée, ou, si elle devait régir des biens immobiliers, le statut du lieu de la situation. Les conventions sont régies par la volonté qui tient lieu de loi. L'application du nouveau principe fut faite par Dumoulin et la jurisprudence en matière de conventions matrimoniales. On décide, en effet, que le régime de communauté adopté par les époux produit ses effets même sur les biens situés sous l'empire de coutumes ne reconnaissant que le régime dotal. Pour savoir quels sont les droits du mari, il faut suivre l'intention des parties; elles ont voulu avoir un régime unique, une seule et même loi régissant les biens, acquis soit avant soit après la conclusion de l'union conjugale; elles ont fait un contrat de mariage pour régler la situation pécuniaire; celle-ci ne doit pas être exposée à une grande variété.

Le régime adopté est donc applicable partout. Le mari conserve ses droits, même sur les biens situés sous une coutume reconnaissant un tout autre régime.

Deuxième innovation. — Celle-ci, plus importante, et devenue classique, sous le nom de *famosissima quaestio*, est la doctrine du consentement tacite de Dumoulin. On discuta beaucoup autour de la prétention du célèbre auteur, les injures plurent de tous les côtés. — Le statut qui a pour fondement la volonté présumée des parties, s'étend à des biens situés sous l'empire de coutumes qui n'admettent pas

(1) Bartole et les Glossateurs avaient déjà dit que la volonté peut étendre les contrats hors du territoire, et comprendre des biens soumis à une souveraineté étrangère; ils admettaient la personnalité du statut qui régit les conventions. Dumoulin reprit et développa l'idée, qui eut des conséquences importantes en matière de conventions matrimoniales.

des dispositions semblables. Voici la pratique de l'innovation.

I. — Des coutumes décident que lorsque des époux se marient sans contrat, ils sont censés avoir adopté le régime de la communauté coutumière. Qu'arrive-t-il, lorsqu'ils possèdent des biens dans des endroits où la coutume consacre, comme régime légal, le régime dotal. Dumoulin et ses partisans disaient : La communauté coutumière étend ses effets à tous les biens appartenant aux époux, même à ceux situés sous l'empire de coutumes qui ne reconnaissent pas le même régime. Les partisans de la réalité disent : Il faut toujours examiner la loi de la situation. Il y eut une grande lutte. L'opinion de Dumoulin triompha; le parlement de Paris la consacra. Le statut de la communauté est personnel. Voici la raison dominante qui fut développée par Dumoulin : Lorsque la coutume dispose que des époux, mariés sans contrat, seront mariés sous le régime de la communauté, la coutume n'ordonne pas dans un intérêt d'ordre public; elle ne fait que stipuler et contracter pour les parties; elle présume que telle est l'intention des conjoints. Elle dit : le régime de la communauté étant le plus pratique, il est à croire que les époux ont entendu l'adopter, puisqu'il est de droit commun dans le lieu de leur domicile. La disposition qui impose ce régime comme régime légal s'appuie sur leur volonté présumée. Or, que cette volonté soit expresse ou tacite, elle doit toujours être soumise aux mêmes règles; les conventions tacites rentrent dans la même catégorie de statuts que les conventions expresses; celles-ci, d'après la première innovation, constituent un statut personnel; les conventions tacites doivent être régies par la même disposition; il faut rechercher quelle est la commune intention des parties; le statut qu'elles ont entendu appliquer en vertu de cette intention.

II. — La jurisprudence et les auteurs firent une seconde application.

Les dispositions étaient bien diverses au sujet de l'exclusion des filles de la succession. Le débat s'ouvre avec les Glossateurs. Ceux-ci, qui avaient inventé la distinction entre les statuts favorables et odieux, étaient en désaccord sur le point de savoir s'il fallait ranger le statut de l'exclusion des filles parmi les statuts défavorables; c'était cependant l'opinion dominante (Bartole).

A l'époque à laquelle nous sommes arrivé, ce statut qui exclut la fille mariée de la succession paternelle est un statut personnel, qui s'applique aux biens situés sous l'empire de coutumes qui admettraient le droit de successibilité. Pourquoi cette innovation particulière, tandis que les autres dispositions, concernant les successions, sont considérées comme étant du statut réel? Le statut qui exclut la fille mariée de l'hérédité paternelle, est fondé sur une renonciation tacite de la fille. Il arrivait souvent que lorsqu'un père mariait sa fille, il lui constituait une dot; mais il était entendu que la somme était un avancement d'hoirie, et représentait la part de la fille dans la succession paternelle, part qu'elle recevait plus tôt; il était d'usage que la fille, en recevant la dot, renonçât d'avance expressément, à l'hérédité du père et se déclarât satisfaite. Ces renonciations finirent par être présumées. Il y eut des coutumes qui, voyant que cet usage s'était répandu, admirèrent que, du moment où la fille était mariée et dotée, cette circonstance impliquait renonciation à l'hérédité paternelle. Ce statut reposant sur une présomption de volonté, sur l'intention supposée des parties, il était juste de lui appliquer les mêmes principes; il y avait là un statut personnel.

Il est remarquable que Dumoulin, qui le premier avait proposé la doctrine du consentement tacite, dont nous

voyons les applications, regardait comme réel le statut de renonciation tacite. Seule, la défaveur dont ce statut était entouré, avait pu contribuer à mettre Dumoulin en contradiction avec lui-même.

Troisième innovation. — Les partisans de la réalité avaient posé comme règle la distinction entre les incapacités générales et les incapacités spéciales. L'état universel suit la personne partout où elle se trouve ; c'est une plaie dont elle ne peut se débarrasser. L'incapacité spéciale est du statut réel. Les partisans du système que nous étudions repoussent la distinction ; pour eux, les incapacités spéciales sont du statut personnel et frappent les biens situés en dehors du territoire de la commune. C'était le système admis par la jurisprudence (1).

Quatrième innovation. — En cas de doute, la personnalité doit l'emporter ; elle est la règle ; la réalité tend à devenir l'exception. Pour Bouhier, quand la personne et la chose se trouvent en occurrence, la personne doit régulièrement l'emporter (2). Boullenois posait en principe que, dans le doute, on devait déclarer le statut réel (3). Le principe de la réalité tient encore dans l'œuvre du savant auteur une place trop grande. Retenu par la tradition ou par l'absence d'un texte positif, il n'ose souvent se prononcer expressément. Il ne suit que de loin le principe de la personnalité, pour lequel pourtant, à la lecture de son œuvre, il est facile de voir qu'il éprouve des sympathies.

Pendant tout le cours du 18^e siècle, les doctrines des

(1) Le parlement de Paris pose le principe dans un arrêt formel du 26 juillet 1679. Il s'agissait de savoir s'il fallait valider le testament d'une femme ayant des biens situés en Bourgogne, et domiciliée sous la coutume d'Auxerre. Le parlement se prononça pour l'affirmative.

(2) Obs. sur la cout. du duché de Bourg, ch. XXXVI, n^os 1 et s.

(3) Boullenois, traité des statuts, t. I, p. 107 et s., et p. 736 et s.

économistes et des philosophes exercent une grande influence. Deux tendances se font jour.... Solidarité entre les intérêts humains indépendamment de tout lien national; solidarité d'intérêts non-seulement d'homme à homme, de province à province, mais de pays à pays.

PÉRIODE MODERNE. — L'assemblée constituante, imbuë des mêmes tendances, regarde l'universalité du genre humain comme une seule et même grande société, à laquelle il faut reconnaître une communauté de droits. Il y a des principes supérieurs de justice applicables partout, nonobstant les différences de nationalité. Sous l'empire d'un enthousiasme généreux pour le bonheur du genre humain, l'assemblée voulait étendre à toutes les nations le bienfait de la déclaration des droits. Toutefois son œuvre se borna à l'abolition des droits d'aubaine et de détraction, à l'assimilation presque complète des étrangers aux citoyens; des facilités larges furent aussi accordées aux étrangers pour obtenir la nationalité française. (Lois du 30 avril, 2 mai 1790, 6 août 1790). Mais le temps manqua pour étudier le problème du conflit des lois et poser des principes sûrs qui permettraient de le résoudre.

Le code civil ne suivit pas l'impulsion donnée, et fut loin d'augmenter la liste des droits accordés aux étrangers. Dans notre matière, il consacra l'ancienne théorie des statuts.

Dans les travaux préparatoires, cette pensée se révèle dans les termes les plus formels (1). La jurisprudence qui suit immédiatement l'application du code civil, porte la trace des mêmes principes (2). Des arrêts proclament la distinction des statuts, et reproduisent presque textuel-

(1) Locré, t. I, pages 304, 317.

(2) 27 février 1817, Cass. Sirey. 5^e vol., 1^e partie, p. 286 et s.

lement les définitions données par le chancelier d'Aguesseau, dans le siècle précédent (1). Il serait difficile d'expliquer entièrement l'art. 3 du code civil, sans avoir recours au système traditionnel, quelque suranné qu'on le juge. Toutefois, le code civil marque un progrès : au principe du domicile a été substitué, comme nous l'établirons, le principe de la nationalité ; la relation entre une personne et sa patrie n'est plus aujourd'hui un simple rapport géographique.

D'un autre côté, il n'y a plus une règle, le statut réel, une exception, le statut personnel, et le statut réel ne comprend plus nécessairement et sans distinction, toutes les dispositions qui concernent les immeubles.

En arrivant au 18^e siècle, nous avons constaté un progrès, qui consiste dans l'extension du principe de la personnalité ; mais ce progrès n'est pas fondé sur la notion nette d'un droit naturel, sur une base philosophique, ou sur la force d'une pratique universelle. Les jurisconsultes modernes ont voulu dégager la théorie et ont essayé de résoudre le problème du conflit des lois. Pour ne pas sortir du cadre étroit de notre sujet, nous ne formulerons brièvement que deux des théories modèles qui ont été proposées (2).

I. — *Théorie des statuts*. — Des auteurs ont vu dans la théorie des statuts la base du droit international privé. Les droits des étrangers dans un pays s'apprécient en principe d'après la loi de ce pays ; la loi étrangère n'est applicable que lorsque le législateur national a entendu l'accepter. Comment cette intention est-elle manifestée ? Il faut, disent les partisans de ce système, examiner la nature du rapport juridique, ou de la loi de l'application de laquelle il s'agit ;

(1) Dalloz, répert. alph. mot. cont. de Mar. n° 3903.

(2) Il s'est produit beaucoup d'autres opinions (Westlake (Angleterre), et Story (Amérique), Mühlénbruch, Savigny (Allemagne).

ces auteurs renouvellent alors la distinction des statuts, telle qu'elle était formulée dans l'ancien droit. Les statuts personnels affectent principalement la personne et la suivent partout. L'utilité réciproque des différents Etats exige qu'ils s'étendent hors du territoire. On doit présumer que telle a été l'intention du législateur, puisque l'utilité est la même pour tous les Etats. D'autres rapports affectent directement les biens ; les statuts réels sont restreints au territoire, parce que les règles de ce genre s'adressent à une portion du sol, qui dépend de la souveraineté territoriale. Enfin les statuts mixtes affectent également la personne et les choses ; ils doivent, en général, être considérés comme territoriaux ; car ce n'est que par dérogation que le souverain consent à l'application d'une loi étrangère.

Nous ne croyons pas fondée la théorie des statuts.

Le point de départ de ce système, c'est le caractère absolu de la souveraineté territoriale (1). — Mais, peut-on dire, si la souveraineté est aussi absolue qu'on le prétend, elle doit répudier toute espèce de mutilation. Les lois doivent être personnelles, ou elles doivent être réelles ; les deux principes s'excluent l'un l'autre. Le souverain

(1) Fœlix. Traité du droit international, nos 9 et s. — V. aussi nos 19 et s.

La doctrine de Fœlix est contenue dans le passage suivant : Les autorités publiques, les tribunaux, en admettant l'application des lois étrangères, se dirigent non d'après une obligation, dont l'exécution peut être exigée, mais uniquement d'après des considérations d'utilité et de convenance réciproques entre les nations. »

« Les effets, que les lois étrangères peuvent produire dans le territoire d'une nation, dépendent absolument du consentement exprès ou tacite de la nation. Le consentement exprès résulte soit de lois positives, soit de traités conclus avec d'autres nations. Le consentement tacite se manifeste par les décisions des autorités administratives et judiciaires, ainsi que par les travaux des auteurs. Par la suite l'accroissement du nombre des décisions intervenues, et les débats qui les auront précédées, permettront d'établir des règles plus générales que celles qu'on a pu admettre et reconnaître jusqu'à ce jour. C'est ainsi que le droit int. pr. pourra arriver à l'état de science. » D'après Fœlix, faisant un rapprochement historique, rien n'est changé que l'étendue du territoire sur lequel la loi exerce ses effets. »

ne doit pas admettre l'application de la loi étrangère : la souveraineté est un bien inaliénable, imprescriptible qui ne dépend pas de la volonté du titulaire ; celui-ci est obligé d'en conserver les éléments. La réalité devrait toujours l'emporter.

Cette théorie aboutit à l'incertitude : s'il est facile de définir les trois catégories de statuts, il est assez difficile, dans l'application, d'y faire rentrer sûrement les différents rapports juridiques ; le désaccord qui règne sur ce point entre les anciens auteurs le prouve. En outre, la création d'une troisième catégorie de statuts (mixtes), est arbitraire, puisqu'on y fait rentrer les statuts qui ne peuvent figurer dans les deux premières classes.

Enfin, ce système ne repose sur rien. Personne ne peut dire quelle est la base de la distinction. Tous les rapports juridiques s'adressent aux personnes, soit directement, soit indirectement, même ceux qui, en apparence, s'adressent aux biens. Le législateur ne s'occupe-t-il des biens qu'en tant que choses, uniquement au point de vue de leur situation ? Non, il s'occupe des biens à cause de l'utilité qu'ils peuvent avoir pour les personnes, il a en vue l'être abstrait qui va acquérir ou aliéner ; c'est la personne qu'il considère même dans les rapports de ce genre.

II. — *Système de la nationalité.* — Une base plus large a été proposée par l'école italienne. (Mancini, rapport fait à l'Institut de droit international, j. de droit intern. privé, t. I, p. 293). Nous croyons devoir exposer ce système, qui gagne tous les jours de nouveaux adhérents.

Il dérive d'un principe général, qui a été, en droit international, la théorie de prédilection de cette école. En matière de droit des gens, les jurisconsultes italiens ont posé comme base que la nationalité naturelle était le fondement des relations internationales, c'est-à-dire que pour

apprécier si un rapport de droit existant entre deux Etats est injuste ou juste, il suffit de considérer s'il est contraire ou conforme à la nationalité, s'il la viole ou s'il la respecte : voilà le criterium souverain. La nationalité est l'ensemble des caractères ethnologiques, géographiques, naturels, qui forment le patrimoine commun de telle société ; la nation est une réunion d'hommes ayant le même tempérament, vivant sous le même climat, ayant les mêmes mœurs, les mêmes traditions. Dans le droit international public, la pratique du principe posé allait de soi.

A. — Les nations ont le droit d'exister : lorsque les membres de la même nationalité sont réunis en fait, et vivent sous la domination d'une seule et même autorité, tout morcellement constitue une injustice, quelque légitime que soit la cause d'une guerre. Si un Etat s'attaque à un autre, l'Etat vaincu, s'il constitue une nation, ne doit pas être démembré, alors même que la guerre proviendrait de sa faute.

B. — Lorsque les membres d'une nation sont séparés, lorsque, par l'effet d'une circonstance politique, la nation s'est morcelée en un certain nombre d'Etats distincts, de sorte que les nationaux obéissent à des pouvoirs différents, quelquefois absolument opposés, la séparation est un fait anormal, anti-social : il est désirable et même, il faut que les membres de la même famille, les provinces séparées, tendent à se réunir dans la même unité : (on appliquait le principe général à la constitution politique de l'Italie à cette époque).

Il paraît assez bizarre que ce principe des nationalités ait pu avoir une influence dans le droit international privé : à priori, il semble qu'il n'y a aucune similitude, par exemple entre ce principe et le mariage. Cependant, M. Mancini, le père du système des nationalités, qui a formulé scientifiquement, dans son cours, et a développé avec autorité les

conséquences du principe en droit des gens, a fondé sur le même principe sa théorie de droit international privé, et cela avec la même autorité. Sa théorie est la base du système pratiqué par le code italien : car nous sommes ici en présence d'une doctrine, traduite en fait par un législateur.

Voici la prémisse posée par les partisans du système : — Tout individu est libre; cette liberté n'est pas absolue; elle rencontre nécessairement une limite et cette limite est double. Elle rencontre d'une part la liberté des autres individus, en second lieu, les droits de l'Etat, les prérogatives données à l'autorité, au nom de l'intérêt social. Le rapport entre la liberté privée et l'exercice du pouvoir social, constitue précisément ce qu'on appelle la loi. La loi est la limitation de la liberté individuelle, l'Etat venant, soit dans un intérêt supérieur, soit dans l'intérêt de la liberté des autres individus, coordonner l'ensemble des différentes libertés humaines, établir l'harmonie entre elles. Si la liberté de l'individu n'est pas illimitée, le droit de l'Etat n'est pas non plus absolu. Les droits des individus ne dépendent pas de la déclaration de l'Etat; ils sont antérieurs et supérieurs aux droits de l'Etat, car ils découlent de facultés naturelles, qui ne peuvent qu'être limitées par l'Etat, sans être créées par lui.

Posons un deuxième jalon. — Si au lieu de considérer l'homme en particulier, on regarde l'ensemble des individus qui composent l'Etat, on arrive à la même conséquence. Les droits additionnés de ces différents individus sont supérieurs à la volonté même de l'Etat; ce qui est vrai pour un individu est vrai pour la collectivité. Il y a des droits qui doivent être reconnus aux individus, partout où ils se trouvent, quelle que soit la souveraineté du lieu où l'exercice de ces facultés naturelles se produit et notwithstanding les divergences qui peuvent exister entre les

législations. C'est l'exercice d'une liberté qui est supérieure aux droits de l'Etat. Ces facultés, en effet, découlent de la nature même de l'homme. L'homme naît tel quel, avec un ensemble d'attributs, de facultés qui ne dépendent pas de la reconnaissance arbitraire d'une législation positive.

Voici une troisième déduction. — Comment régir l'exercice de ces facultés naturelles? Elles dépendent pour chaque homme de sa nature et cette nature à son tour est directement subordonnée au principe de la nationalité. Le climat, la température, la situation géographique, quantité de phénomènes physiques influent sur les facultés humaines et sur leur exercice, Les éléments qui constituent la nationalité influent sur les rapports privés pouvant exister entre les individus. Un législateur a toujours l'intention de pourvoir aux traditions, aux coutumes, aux mœurs propres du peuple pour lequel il écrit la loi; cette loi est aussi un moyen de satisfaire au pur élément national; les variétés nationales subsistent et avec elles les exigences que ces variétés impliquent à l'égard des lois positives.

Voilà comment on arrive, par une suite de déductions, à cette conséquence que le principe des nationalités est la base sur laquelle il faut s'appuyer. On en peut conclure que les rapports juridiques d'un individu doivent être régis par sa loi nationale. C'est une obligation pour tout Etat de reconnaître cette conséquence : ce n'est pas pour lui un simple devoir de courtoisie, une simple marque de bienveillance, c'est un acte de stricte justice, un devoir inviolable.

Ce principe doit-il être reconnu d'une façon absolue?

Il y a, disent les partisans du système, une partie du droit, où l'application du principe est nécessaire; c'est lorsqu'il s'agit de rapports de droit qui touchent directement la personne;

ils sont soumis à la loi nationale, parce que la nationalité constitue l'élément principal de la personnalité. Tant qu'un individu n'a pas répudié sa nationalité, il doit accepter les conséquences qu'il a plu au législateur d'en tirer : tant que l'empreinte subsiste, la capacité sera dans tous les cas régie par la loi nationale.

Il y a une autre partie du droit où l'application du principe est facultative et volontaire; c'est lorsqu'il s'agit de contrats ou de rapports juridiques qui dépendent surtout de l'intention des parties; celles-ci, maîtresses de régler le rapport comme elles l'entendent, peuvent décider quelle est la loi qui régira le contrat.

Il faut apporter au principe une seconde limitation. L'application du principe de la nationalité cesserait, si elle devait aboutir à violer une règle d'ordre public reconnue par un autre Etat. Si la loi nationale d'un individu admet l'exercice d'une faculté que la loi d'un autre peuple considère comme contraire aux bonnes mœurs, cette loi ne pourra être invoquée.

Le droit civil privé est personnel et national, et, comme tel, doit accompagner la personne même en dehors de sa patrie. Le droit public est territorial, il plane sur le territoire, sur ceux qui l'habitent, indigènes ou étrangers.

Comment faut-il apprécier ce système au point de vue philosophique et au point de vue du droit positif français ?

Cette théorie est incomplète, selon nous; c'est un tort d'avoir voulu tout édifier sur une base unique, alors que nécessairement il est impossible d'arriver à l'unité et qu'il faut, suivant la nature des différents rapports juridiques, admettre différentes solutions; c'est ainsi qu'on ne peut faire rentrer dans cette théorie les règles qui se rapportent à la forme extérieure des actes juridiques; les partisans de ce système acceptent sur ce point la tradition historique; mais comment se fait-il qu'ils admettent l'application de la règle :

locus regit actum? On ne peut considérer cette maxime, comme étant une conséquence du principe de nationalité.

D'un autre côté, toutes les règles relatives aux immeubles ne sont pas d'ordre public; il est cependant généralement admis que c'est la loi de la situation qui doit être appliquée; la loi territoriale détermine les règles auxquelles il faut se référer quant à la transmission des immeubles, quant aux droits réels dont ils sont susceptibles.

On peut bien admettre le principe de nationalité, lorsque le rapport juridique dont s'agit est né entre personnes ayant la même nationalité. Mais comment régler le conflit, si ce rapport surgit entre personnes n'ayant pas la même nationalité? Sur ce point la difficulté subsiste.

Dans la deuxième limitation apportée au principe général, on dit: il faut distinguer les rapports purement privés et ceux touchant à l'ordre public. Mais dans l'application, cette limitation est obscure: car la distinction est difficile à établir.

Nous renfermant maintenant dans la sphère de notre sujet et nous plaçant sur le terrain du code civil, nous appliquerons le principe de nationalité. La disposition de l'art. 3 ne s'oppose pas à cette application. S'il faut se référer à la tradition historique pour interpréter les textes du code si rares, si concis dans notre matière, et pour combler les lacunes, il faut prendre cette tradition telle qu'elle est. Or, elle se compose d'une suite d'évolutions, dont nous avons marqué les progrès successifs; il faut continuer cette évolution. Il est rationnel de développer une tendance qui se faisait jour au XVIII^e siècle.

CHAPITRE I.

PAR QUELLE LOI L'ÉTRANGER EST-IL RÉGI EN FRANCE,

QUANT A SA CAPACITÉ.

Les êtres juridiques se présentent à nous revêtus de certaines qualités ou manières d'être qui constituent leur individualité, leur état. Tel est national, tel est étranger, tel est majeur, tel autre mineur. On peut aussi reconnaître dans les personnes des aptitudes qui leur permettent d'accomplir valablement certains actes. Ces aptitudes font que tel acte accompli par une personne est valable, et accompli par une autre est affecté d'un vice tantôt radical tantôt relatif. L'ensemble des aptitudes de la personne juridique constitue sa capacité.

L'état et la capacité sont deux choses voisines qu'on est tenté de confondre. La capacité découle souvent de l'état; c'est parce que telle personne est majeure, qu'elle est capable de faire certains actes. Les deux éléments, bien qu'ayant des rapports intimes, sont distincts dans leur essence. Une personne peut avoir un état sans avoir de capacité, il est impossible d'avoir une capacité, si restreinte qu'elle soit, sans avoir un état.

Les règles sur l'état et la capacité des personnes forment la

partie principale de ce qu'on enseignait, dans l'ancien droit, et de ce qui est resté consacré dans le droit moderne sous le même nom : le statut personnel.

Les personnes n'ont pas à un moment donné les mêmes qualités dans tous les pays civilisés. Ici le sentiment de l'unité de la famille et des liens entre ses membres se conserve très puissant. Il y a ici des garanties morales plus fortes que là pour l'accomplissement du but du mariage. Une société déterminée a ses conditions propres.

Par quelle loi est régi l'étranger en France, quant à son état, et quant à sa capacité ? Pour apprécier la validité de l'acte qu'il accomplit, faut-il appliquer sa loi nationale ou la loi locale ?

Le législateur français s'est préoccupé de ce problème important et l'a résolu en partie. Le § 3 de l'art. 3 du c. civ. est ainsi conçu : Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. C'est le principe posé par l'ancien droit. Le statut personnel s'attache à la personne comme une plaie au corps. Mais le législateur s'occupe du Français, c'est à la loi française qu'il donne une force d'expansion qui lui permet de s'appliquer aux relations juridiques nées en dehors du territoire français. Aucune controverse n'existe en ce qui concerne la portée de la disposition pour les Français. Mais lorsque nous trouvons en présence d'un étranger en France, des questions délicates se posent ; faut-il appliquer le principe de la personnalité ? Il n'y a plus de difficulté aujourd'hui sur la règle générale, il y a eu quelque résistance dans les débuts de l'application du code civ. ; elles ont disparu devant la multiplicité des rapports internationaux.

Le principe posé par l'art. 3 § 3, doit être entendu dans un sens large et revient à la proposition suivante : Les lois concernant l'état et la capacité des personnes suivent ces personnes partout où elles se trouvent. Il y a un seul article

dans le code, explicite pour les Français, implicite pour les étrangers. Il faut traiter l'étranger en France comme le législateur désire que le Français soit traité à l'étranger. Il faut donc, dans notre matière, considérer la loi personnelle de l'étranger ; règle rationnelle s'il en fut jamais (1).

Ce principe est aujourd'hui établi non-seulement par une consécration de la jurisprudence, mais encore par une déclaration du pouvoir législatif.

Des lois postérieures (2) à la rédaction du code civil ont proclamé d'une façon implicite cette reconnaissance du statut personnel déterminé par la loi étrangère. Une loi récente permet aux enfants mineurs, nés de parents naturalisés français, et qui eux ne sont pas français, de contracter un engagement dans l'armée, dans les écoles spéciales militaires et aussi de suivre les règles du volontariat d'un an. Elle exige que l'engagement soit accompagné d'une déclaration par laquelle ils renoncent à la qualité d'étranger et adoptent dès à présent la nationalité française. Il faut l'assistance du représentant légal ; voici comment elle est donnée, d'après la loi : cette déclaration ne peut être faite qu'avec le consentement du père, etc., et la loi ajoute : conformément au statut personnel. C'est donc que, d'après la législation française, actuellement il n'y a pas de doute sur ce point.

(1) Les tr. préparat. démontrent de la manière la plus formelle que telle a été l'intention du législateur. La proclamation du pr. de la personnalité était dans sa pensée. Locré. t. I, p. 398 et s.

(2) 14 février 1882 et 28 juin 1883.

CHAPITRE II

DES PERSONNES DANS LES RAPPORTS DESQUELLES S'APPLIQUE LE PRINCIPE DE LA PERSONNALITÉ.

Nous établirons deux propositions :

I. Tout étranger est régi en France par son statut personnel; il peut l'invoquer, on peut le lui opposer.

II. Ce statut régit les rapports juridiques qu'il a, soit avec les autres étrangers, soit avec les Français.

PREMIÈRE PROPOSITION

1. — La première proposition est absolument générale; elle s'applique à tout étranger, d'abord aux étrangers ordinaires, c'est-à-dire aux individus qui, appartenant à une nationalité étrangère, se trouvent en France, soit comme y résidant, soit de passage. Il n'y a pas à distinguer si le rapport juridique, à propos duquel la question se soulève, est né sur le territoire français ou étranger. Il suffit de considérer la personnalité de l'individu, de constater sa nationalité.

2. — La proposition s'applique en second lieu aux étrangers privilégiés, ayant reçu du gouvernement l'autorisation de fixer leur domicile en France (art. 13).

Pour cette catégorie de personnes, la solution n'a pas été admise sans difficulté. M. Demangeat a soutenu formel-

lement que les étrangers privilégiés de l'art. 13, étaient soumis, quant à leur état et quant à leur capacité, à la loi française; ils ne peuvent plus invoquer leurs lois nationales; ils y ont renoncé. Cette opinion s'appuie sur les arguments suivants :

Comment déterminait-on autrefois le statut personnel? Très facilement, dit-on, on se préoccupait du domicile de la personne. Pour savoir s'il fallait appliquer la coutume de Paris ou de Normandie, il suffisait d'examiner si l'individu était domicilié à Paris ou en Normandie. Il doit en être de même aujourd'hui; car le législateur, dans l'art. 3, consacre la tradition historique. C'est d'après le domicile qu'il faut fixer le statut personnel. Or, l'étranger est spécialement autorisé à fixer son domicile en France; il est par suite admis à tous les bénéfices de la loi française : c'est le cas d'appliquer le principe de justice et d'équité : *ubi emolumentum ibi est onus*. Cet étranger doit, autant que possible, subir les charges, les incapacités découlant de la loi française; sinon l'injustice serait flagrante. L'étranger, qui civilement a tous les droits des Français, n'en a-t-il pas civilement toutes les obligations et n'en subira-t-il pas civilement la condition? Il invoquerait la loi française, toutes les fois qu'elle lui serait utile; le jour où il aurait avantage à se retrancher derrière une incapacité, il tirerait de l'obscurité sa loi nationale pour l'opposer aux légitimes revendications de celui qui a contracté avec lui. Cette situation est intolérable, dit M. Demangeat, elle est meilleure que celle des nationaux.

Du reste, ajoute-t-il, le texte paraît être en ce sens. D'après l'art. 3 (dern. al.) Les lois concernant l'état et la capacité des personnes, régissent les Français, même résidant en pays étranger. D'où, *a contrario*, si l'individu est domicilié, le même principe n'existe plus; il faut suivre la loi du domicile.

Il est facile de répondre à ces arguments. C'est à tort qu'on invoque la tradition historique et ce principe : le statut personnel se détermine par le domicile. Cette tradition et ce principe ne sont pas restés dans leur pureté primitive, jusqu'au moment voisin de la rédaction du Code. En supposant même qu'il n'y ait pas eu de discussion entre les anciens auteurs, il en résulte toujours qu'il n'y a aucune analogie entre la situation en présence de laquelle ils se trouvaient et celle en présence de laquelle nous nous trouvons aujourd'hui.

La situation est profondément changée. Le conflit qui surgissait dans l'ancien droit s'élevait, en général, entre coutumes de la même nationalité ; il fallait bien trancher le conflit par la loi du domicile, c'était le seul élément qui fût distinct. Aujourd'hui, il n'y a plus dans l'intérieur de notre pays des coutumes divergentes. Les individus ayant la nationalité française sont régis par les mêmes lois, quant à leur état, et quant à leur capacité. Il ne peut y avoir de conflits qu'entre la loi française et la loi étrangère.

Restent les raisons suivantes : L'état et la capacité, comme l'admet M. Demangeat lui-même, sont des éléments de la nationalité, découlant des mœurs, des habitudes, des aptitudes naturelles des habitants du pays. Cet ensemble constitue la nationalité ; d'où la conséquence : tant que la nationalité subsiste, l'état et la capacité devront rester les mêmes. Dans notre hypothèse, les étrangers, en présence desquels nous nous trouvons, ont-ils perdu leur nationalité première ? Non, ils ont acquis une situation intermédiaire privilégiée, c'est possible ; mais ayant conservé leur nationalité, ils doivent en avoir conservé les éléments ; ils restent soumis aux incapacités spéciales édictées par leurs lois. Le statut personnel de l'étranger garde sur lui tout son empire.

D'ailleurs la loi nous dit, dans l'art. 13, que l'étranger, autorisé à établir son domicile en France, jouit de tous les droits civils. Cette formule implique-t-elle la soumission absolue de l'étranger à la loi française ? Non. Le législateur se contente de dire que cet étranger jouit des droits civils ; il y a une question toute différente qu'il n'aborde pas : Comment cette jouissance doit-elle être réglementée ? Est-elle toujours régie par la loi française ? C'est ce que le législateur ne dit pas dans l'art. 13.

A l'argument tiré du mot : résidant, qu'on trouve dans l'art. 3, il est facile de répondre qu'on abuse des expressions de l'article. Ce terme n'a pas, dans la disposition, un sens restrictif ; il n'y est pas employé par opposition au mot domicile ; le législateur s'en sert, envisageant ce qui arrive le plus souvent. En effet, les Français, qui se trouvent en pays étranger, ne font, pour la plupart, qu'y résider ; ils sont de passage, ils n'y ont pas d'assiette fixe. Cela est tellement vrai que ceux qui acquièrent un véritable domicile à l'étranger perdront le plus souvent la qualité de français, art. 17, § 3 ; puisque l'acquisition d'un domicile sera presque toujours la marque d'un établissement fait sans esprit de retour. Le législateur a donc voulu attirer l'attention sur les individus de passage à l'étranger. Le mot résider, du reste, a, dans le langage du droit international, une signification particulière. En général, on emploie le mot : résidant, pour signifier ceux des nationaux qui se trouvent soit établis, soit en voyage en pays étranger. C'est ainsi qu'on dit : les résidents français en tel pays.

DES PERSONNES MORALES

Notre principe s'applique-t-il aux personnes morales ?

Dans la réalité des choses, il semble, à priori, qu'il n'y a que les individus, êtres vivants, doués d'intelligence et de liberté, qui peuvent être titulaires de droits et d'obligations. Lorsqu'on se trouve en présence d'associations d'individus, réunis dans un but commun, la raison nous dit qu'il y a là une juxtaposition d'intérêts, une addition de droits et d'obligations ; il est certain qu'on ne conçoit pas comment les individus, par le fait qu'ils sont réunis, peuvent arriver à former un nouvel être juridique distinct de leur personnalité. Cependant, par la nécessité des choses (à commencer par la législation romaine), le législateur a cru devoir individualiser certaines collectivités, c'est-à-dire conférer fictivement une personnalité juridique à une collection de particuliers réunis dans un but commun. Les personnes morales sont ces collectivités qui, de par la volonté du législateur, ont une existence juridique distincte de celle des membres qui les composent et par suite peuvent, en leur nom propre, acquérir des droits et se soumettre à des obligations.

Ainsi l'Etat est le type primitif de la personne morale, il peut posséder des biens, en acquérir, être créancier, débiteur ; il en est de même des communes, de certaines associations, ou d'établissements publics qui, créés dans un but spécial, sont individualisés, séparés de la personnalité des individus qui les représentent dans le monde. Ces personnes morales s'appelaient autrefois des *corps* (*corpora*) ; l'acte juridique par lequel se manifestait la volonté du législateur de leur donner une existence distincte, s'appelait proprement *incorporation* ; c'est l'acte par lequel le législateur appelle à la vie l'être fictif.

Les personnes morales qui sont créées à l'étranger, ont-elles par cela même une existence légale dans les autres pays? En ce qui concerne la législation française, les personnes morales étrangères sont-elles reconnues en France, peuvent-elle y être titulaires d'obligations, ester en justice? L'incorporation donnée en un pays étranger étend-elle ses effets dans les autres pays?

Il importe de distinguer les sociétés commerciales et les autres associations.

I. — *Sociétés commerciales.* — Les sociétés commerciales, en notre matière, ont une place à part et sont soumises à une législation particulière. Le trait caractéristique de cette législation, c'est de faciliter leur reconnaissance dans tous les pays, de donner extension à leur personnalité juridique autant que possible.

On comprend que les sociétés commerciales soient placées dans une situation plus favorable que les autres associations qui poursuivent un but différent : en effet, d'après le but qu'elles poursuivent, les sociétés commerciales se présentent à nous comme essentiellement cosmopolites ; leurs opérations ne sont pas limitées dans les bornes d'un territoire étroit ; le propre du commerce, c'est de tendre à augmenter les relations ; plus la société est importante, et plus les capitaux dont elle dispose sont considérables, plus naturellement elle sera entraînée à opérer en dehors du territoire où elle a été fondée.

D'un autre côté les sociétés commerciales, en général, n'ont pas besoin, pour être incorporées, de remplir les mêmes formalités que les autres associations. En principe, pour créer une personne morale, il faut que le législateur intervienne ; il faut un acte spécial, formel, qui est l'acte de naissance de cette nouvelle personne arrivant au monde : cet acte, c'est tantôt une loi, tantôt un décret ; dans ce dernier cas, le chef du pouvoir exécutif ne fait qu'intervenir comme

délégué du législateur, remplissant les pouvoirs que la loi lui a donnés. Au contraire, pour les associations commerciales, cette intervention directe et spéciale du législateur n'est pas nécessaire. Le plus souvent, il y a une promesse générale d'incorporation, faite par le code de commerce : le législateur s'adressant aux commerçants qui veulent s'associer, leur dit : à l'avenir, vous devrez remplir telles conditions de fond, de forme, énoncer en certains actes les clauses qui vous régiront, effectuer certaines publications ; puis par le seul fait de l'accomplissement des formalités, la société vivra d'une vie propre. Il n'y a pas ici un acte exprès du pouvoir législatif, qui vient dire : cette société constitue dès aujourd'hui une personne morale ; nous l'autorisons, nous l'incorporons.

Loi du 30 mai 1857. — Dans le monde international, on a été plus disposé à reconnaître de peuple à peuple cette société nouvelle. C'est ce qui a été fait en France, par une loi du 30 mai 1857 : le premier article est ainsi conçu : Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières, qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge, et qui l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France, en se conformant aux lois de l'empire. » Cette loi a été faite en vue des relations de la France avec la Belgique ; mais ce caractère particulier de la loi a disparu, en vertu de l'extension qui lui a été donnée conformément à l'art. 2. Aujourd'hui cette loi est applicable dans les rapports de la France avec la plupart des pays de l'Europe. Les décrets faits conformément à l'art. 2, sont nombreux : Sardaigne, Portugal, Suisse, Espagne, Grèce, Hollande, Russie, Prusse, Saxe, Autriche, Suède et Norwége.

En quoi consistent les dispositions qui s'y trouvent énoncées ? Le législateur résout le problème par une distinction : il ne s'occupe pas, au moins expressément, des

sociétés qu'on désigne en général sous le nom de sociétés de personnes; il traite particulièrement des sociétés anonymes et de celles qui, sans être anonymes, sont soumises à l'autorisation préalable.

Que faut-il décider, en ce qui concerne les sociétés de personnes, p. ex., les sociétés en commandite simple, les sociétés en nom collectif, dans lesquelles les tiers se trouvent en présence d'individus, prêtant leur nom, leur crédit personnel à la prospérité de la société, responsables tantôt solidairement, tantôt jusqu'au prorata d'une somme spécifiée dans un acte publié?

Dès avant 1857, on posait en principe que ces sociétés, du moment où elles sont valablement constituées en un pays, devaient être reconnues en France, et pouvaient dès lors y acquérir, et ester en justice pour l'exercice de leurs droits et la poursuite de leurs obligations, opinion consacrée implicitement par le législateur; aujourd'hui il ne pourrait guère y avoir de difficulté sur ce point. Il suffit de lire l'exposé des motifs et le rapport fait au corps législatif, pour voir que, tout en ne parlant que des sociétés de capitaux, la loi n'en reconnaît pas moins les sociétés de personnes qui sont moins dangereuses. Les sociétés administrées par des gérants, directeurs ou associés, responsables personnellement, restent en dehors de l'action des lois spéciales et continuent de jouir des mêmes libertés que les individus faisant le commerce isolément. Nous lisons dans le rapport: « le libre exercice du commerce est reconnu à la personne civile même étrangère et refusé à l'être moral que représente la société anonyme non autorisée en France » — et encore « une société non autorisée par le gouvernement français ne peut se faire connaître en France que par une raison de commerce contenant des noms d'associés et non sous une dénomination tirée de son objet, ce qui constitue la société anonyme. Si une société se présente sous le nom des actionnaires ou directeurs inté-

ressés, il n'y a plus qu'une affaire de commerce ordinaire, à laquelle l'autorité doit rester étrangère. » Les sociétés de personnes sont donc considérées en France comme revêtues de la personnalité qu'elles ont à l'étranger.

En ce qui concerne les sociétés anonymes, avant 1857, les décisions de l'administration étaient en opposition avec celles de la jurisprudence. Les correspondances diplomatiques et administratives maintenaient respectivement le principe de l'autorisation préalable (1). Le droit d'ester en justice n'était ni contesté par les défendeurs français ni refusé par nos tribunaux aux sociétés étrangères au profit desquelles se prononçaient souvent des condamnations.

Quel est l'objet special de la loi de 1857 ?

Le législateur n'a pas voulu fermer la porte aux associations étrangères. Moyennant trois conditions, les sociétés de capitaux formées dans un pays, peuvent obtenir en France l'existence légale, y exercer leurs droits et ester en justice.

I. — Il faut qu'elles aient une véritable personnalité dans le pays où elles ont été fondées : par exemple les associations en participation ne constituent pas en Belgique, pas plus qu'en France, des personnes morales : ce sont des associations transitoires ; une telle société créée en Belgique, n'y étant pas reconnue comme être moral, ne pourra avoir en France une existence légale.

Il importe peu comment la reconnaissance a été accordée aux sociétés à l'étranger ; peu importe moyennant l'accomplissement de quelles conditions la personne juridique a été créée ; il suffit qu'elle existe, que ce soit à un acte législatif, à un décret ou même à aucun de ces deux actes qu'elle doive l'existence. Un mode spécial d'incorporation privilégié n'est pas prévu. Cette observation est nécessaire ; car, sur ce point, le texte de la loi de 1857 pourrait nous tromper : il

(1) Loi de 1857. Exposé des motifs et rapport. D. an. 57, 4, p. 75 et s. Voir aussi Dal. au mot société, n° 1588 et s.

semblerait en effet en résulter que le législateur ne promet l'incorporation qu'aux sociétés qui l'ont obtenue à l'étranger au moyen d'une autorisation du chef de l'Etat; a contrario, pourrait-on dire, lorsque, pour l'incorporation, il n'a pas fallu l'autorisation du chef de l'Etat, la société commerciale dont s'agit n'est pas régie par l'art. 1^{er}, qui ne parle que d'un mode particulier d'incorporation : ce serait là une conséquence exagérée; il serait plus juridique de tirer de l'art. 1^{er} un argument à fortiori : si le législateur promet l'incorporation aux sociétés étrangères, ayant besoin pour exister d'une autorisation du chef de l'Etat, à fortiori doit-il la faciliter, pour les sociétés qui sont dans une situation plus favorable, et n'ont même pas besoin d'une autorisation du chef de l'Etat.

La restriction de l'art. 1^{er}, l'allusion faite à l'autorisation, est amenée par la situation de la législation commerciale, en France et en Belgique, au moment de la loi de 1857; on était encore dans une période de défiance contre les sociétés financières anonymes, ou en commandite par actions; dans les deux pays on décidait que les sociétés anonymes ne pouvaient pas se former sans l'autorisation du gouvernement. On est sorti de cette période de doute; au régime de la défiance a succédé le régime de la liberté. (France, loi de 1867; Espagne, loi de 1869; Belgique, loi de 1873, etc.) L'autorisation préalable autrefois exigée pour la formation des sociétés anonymes, a été supprimée; elle a été remplacée par l'obligation de se soumettre à une réglementation plus ou moins minutieuse.

Envisageons brièvement les conséquences de l'abolition du régime de l'autorisation par rapport à la loi de 1857, et aux solutions déduites de cette loi, concernant la capacité en France des sociétés anonymes étrangères. Pour cela, considérons séparément d'une part l'effet de la loi qui a supprimé en France l'autorisation, d'autre part, l'effet des lois étrangères analogues.

A. — La suppression en France, par la loi du 24 juillet

1867, de l'autorisation préalable, exigée par l'art. 37 du Code de Commerce, pour les sociétés anonymes françaises, n'a pas eu pour conséquence de rendre les sociétés anonymes étrangères capables d'agir en France, sans qu'à l'égard de leur pays ait été rendu le décret d'autorisation exigé par la loi du 30 mai 1857 (1).

L'abrogation de l'art. 37 n'a en rien touché à la loi de 1857. Les conditions auxquelles se trouve soumise la formation des sociétés anonymes ne s'appliquent pas aux sociétés étrangères, et le maintien de l'autorisation fournit une garantie équivalente à la réglementation des sociétés françaises.

B. — Examinons l'autre face de la question. Nous y avons fait allusion plus haut, en expliquant la portée du mot : autorisation, employé par le législateur dans l'art. 1^{er}. Il n'y a aucun argument *a contrario* à en tirer; l'art. 1 et l'art. 2, s'appliquent même si l'autorisation n'est pas nécessaire d'après la loi étrangère.

D'abord, le décret rendu en France à l'égard d'un Etat, avant la promulgation dans cet Etat d'une loi supprimant l'autorisation préalable pour les sociétés anonymes, n'est pas rendu sans effet; les tribunaux doivent reconnaître les sociétés étrangères constituées sans autorisation; ils ne peuvent plus exiger d'une société anonyme étrangère qu'elle rapporte une autorisation préalable, si la législation nouvelle du pays en a supprimé le régime.

Le décret du gouvernement français, rendu conformément à la loi de 1857, peut habiliter à agir en France les sociétés

(1) Note de M. Lyon-Caen, à propos d'un arrêt de la Cour de Paris, 8 juillet 81. 81, 2, 169, S. — Arrêt qui, étendant la question, a posé en principe que la loi de 1867 a eu pour conséquence d'habiliter, sans aucune autorisation du gouvernement français, les sociétés anonymes étrangères à exercer leurs droits en France, et que la loi du 30 mai 1857 ne subsiste plus que pour les sociétés étrangères fondées antérieurement à la promulgation de la loi de 1867, et pour les tontines ou compagnies d'assurances encore soumises en France à une autorisation préalable.

anonymes étrangères, dès l'instant où elles sont constituées conformément aux lois de leur pays d'origine.

Nous pouvons ici encore citer une décision de la jurisprudence, contraire à cette opinion : le Tribunal de commerce de la Seine (1) a décidé qu'une société anonyme, constituée en Belgique sous le régime de la loi de 1873, supprimant l'autorisation, ne pouvait ester en justice en France. A ce jugement il est intéressant d'opposer une décision de la Cour de Bruxelles (2), à propos d'une société anonyme française, constituée en France, avant 1867, sans avoir obtenu l'autorisation du gouvernement et s'étant conformée plus tard aux dispositions de la loi de 1867. La Cour de Bruxelles interprète la loi belge du 14 mars 1855, en ce sens qu'en n'exigeant pour la réciprocité en faveur des Belges, que la seule condition de leur établissement légal en Belgique, le législateur de 1855 n'a pas pu exiger pour les sociétés françaises d'autres conditions que celle de leur établissement légal en France. Cette solution n'a plus d'intérêt en Belgique : car la loi belge du 18 mai 1873, sur les sociétés, a complètement modifié le système de la loi du 14 mars 1855 ; il n'en est pas de même en France, car nous vivons toujours sous le régime de la loi de 1857, calquée sur la loi belge de 1855. L'article 128 de la loi belge de 1873, reconnaît en Belgique l'existence légale des sociétés étrangères sans condition de réciprocité.

Le Tribunal de Commerce de la Seine est revenu sur sa précédente jurisprudence que nous avons rapportée, en admettant à ester en justice en France une société ano-

(1) Jugement 14 Octobre 1879. Trib. de Commerce de la Seine. J. Dr. int. pr. an. 79, p. 551.

(2) Bruxelles. C. d'Appel, 14 janvier 1875. J. de Dr. int. pr. an. 81. page 101. V. aussi : le Droit 18. — 19 octobre 1875.

nyme espagnole, fondée en 1878, sans autorisation préalable conformément à la loi du pays (1) (1869).

La deuxième condition exigée par la loi de 1857, pour qu'une société anonyme étrangère puisse exercer ses droits en France, est la suivante :

II. — Il faut, s'il s'agit d'une société, constituée en en autre pays que la Belgique, que le bénéfice de l'art. 1, de la loi ait été étendu au pays de fondation de la société, soit administrativement, soit diplomatiquement. (Art. 2). Nous ajoutons quelque chose à la loi, en disant : soit par un décret rendu dans les formes énoncées (Art. 2), soit par un traité conclu entre la France et un pays étranger. Cette extension de la loi de 1857 n'est pas un abus d'interprétation; il est évident que cette loi n'a pu restreindre les prérogatives appartenant au chef de l'État en vertu de la Constitution. Or, d'après la Constitution de 1852, ou de 1875, (16 juillet 1875, Art 8), le chef du pouvoir exécutif a la faculté d'entretenir des relations diplomatiques avec les autres États et de négocier des traités de commerce.

Pour les sociétés anglaises, le législateur n'a pas procédé par voie de décret. L'accession de la Grande-Bretagne au bénéfice de la loi de 1857 découle d'un traité conclu le 30 avril 1862. La clause de ce traité de commerce est conçue à peu près dans les mêmes termes que les décrets rendus en exécution de la loi de 1857. Mais les décrets n'autorisent pas nécessairement les sociétés étrangères sous condition de réciprocité pour les sociétés françaises; la réciprocité résulte au contraire du traité de 1862. La Cour de Rennes (2) a décidé qu'en l'absence d'un décret

(1) Arrêt de la Cour de Paris, confirmatif d'un Jugement du Tribunal de Commerce de la Seine, 8 juillet 1881. Journal, année 1882, p. 209.

(2) Rennes, 26 juin 1862. Cassat. 19 mai 1863. Sirey, 1863. 1. 353.

d'habilitation, le traité ne conférait pas de droits réguliers à une société anglaise et a admis que celle-ci ne pouvait être citée devant les tribunaux français. L'arrêt de cette Cour fut cassé.

Lorsque le chef de l'État accorde en France le bénéfice de la loi de 1857 aux sociétés d'un pays, ce n'est pas dans le décret une autorisation spéciale, ressemblant par exemple à celle de l'art. 37 du Code de Commerce. Lorsqu'avant 1867, il était question de l'autorisation d'une société, cette autorisation n'était donnée que sur le vu des statuts, après l'examen des conditions de vie de la société; elle était spéciale; c'était la société elle-même que le chef de l'État avait directement en vue. Au contraire, en rendant le décret dont il s'agit dans la loi de 1857, le Gouvernement n'a pas à se préoccuper de telle société qui existe dans le pays. Il ne s'agit plus d'une autorisation donnée en vue de telle association; les statuts de telle société ne sont pas soumis à l'examen. Le chef du pouvoir exécutif doit ici se préoccuper uniquement de la législation commerciale du pays avec lequel il doit faire le traité ou au profit duquel il va signer le décret; il doit rechercher quelle est la situation générale des sociétés en ce pays. Il s'agit donc d'une autorisation générale donnée en bloc une fois pour toutes à un pays quelconque, pour les sociétés existant actuellement en ce pays et aussi pour celles qui pourront se constituer plus tard.

Une troisième condition est nécessaire :

III. — L'Art. 1^{er} dit que les sociétés anonymes étrangères seront reçues en France, *en se conformant aux lois françaises*. Qu'est-ce que cela veut dire? Sur ce point une vive controverse s'est élevée; trois opinions sont en présence.

A. — D'après une première opinion extrêmement rigoureuse, il faut que la société étrangère se con-

forme à la loi spéciale française sur les sociétés, ainsi à la loi actuelle de 1867, non seulement quant aux conditions de forme, mais encore quant aux conditions de fond. La société commerciale étrangère, qui voudra acquérir en France ou y poursuivre un débiteur, sera préalablement obligée de faire publier les statuts, soit d'en faire le dépôt aux greffes, soit de faire des annonces, des insertions dans les journaux, il faudra de plus qu'elle se conforme aux exigences spéciales de la loi française, quant aux conditions de sa constitution. En France, pour les sociétés anonymes, il faut que le capital total ait été souscrit et que le quart en ait été versé. Il peut arriver que la loi étrangère soit plus libérale (Italie, p. ex.); d'après cette opinion, la société étrangère, pour faire un acte valable en France, sera obligée de compléter la souscription du capital, et d'en verser réellement le quart, si une quotité moindre a été payée par les actionnaires; sinon le débiteur poursuivi pourra, devant le tribunal, plaider la nullité.

Ce système repose sur une erreur : il est contraire au but que le législateur a voulu atteindre, en faisant la loi de 1857; il a voulu faciliter l'entrée des sociétés étrangères sur le territoire français, diminuer les entraves qui s'opposaient à l'extension des opérations commerciales; cette opinion va à l'encontre de ce but; elle rend en effet très difficile l'entrée en France des sociétés commerciales étrangères. Il pourra même arriver que la condition exigée par la loi française ne puisse pas être remplie par la société étrangère : la loi française (1867. Art. 1. 1^{er} al.) pose une limite minimum à la division du capital en actions ou coupons d'actions, afin d'éviter les leurres; une société étrangère est constituée en un pays; supposons, par exemple, qu'on y admette la division d'une action de 500 fr. par 1/10 ou 1/20. D'après cette opinion.

la société, avant de faire aucun acte juridique, en France, devra prouver que toutes les actions émises n'ont pas été morcelées. Cela est impossible, lorsque les actions peuvent être divisées en très petites coupures.

Cette opinion est encore contraire au texte même de la loi. Lorsque la formalité énoncée par le texte a été remplie, c'est la société étrangère qui existe en France ; elle s'est constituée sur le territoire étranger ; c'est elle qui, une fois autorisée, obtient un nouveau territoire, sur lequel elle peut opérer et exercer ses droits. Avec l'opinion que nous combattons, sera-ce encore la société étrangère, qui existera en France, sera-ce la même personne morale ? Non. Il y aura une société constituée en France, société française plus que société étrangère ; entre les statuts de la société telle qu'elle est obligée de se constituer en France, et ceux de la société telle qu'elle s'est constituée à l'étranger, il y aura des disparates. On arrive à créer une nouvelle personne, alors que, d'après le texte, il s'agit simplement d'étendre le champ d'action d'une personnalité déjà existante.

B. — D'après un deuxième système, la loi, en exigeant dans l'art. 1, que les sociétés étrangères se conforment aux lois françaises, a voulu faire allusion aux formalités de publicité : dépôt d'actes, insertions. Cette opinion s'appuie sur l'intérêt des tiers. Le législateur s'est, dit-on, nécessairement préoccupé de l'intérêt des particuliers qui vont contracter avec ces sociétés étrangères. Puisque, dans un intérêt public, il oblige les sociétés de France à remplir certaines formalités de publicité destinées à empêcher les fraudes, a fortiori a-t-il dû prendre les mêmes précautions contre les sociétés étrangères pouvant avoir un but plus séduisant, mais n'offrant aucune espèce de garantie ; il n'a pas dû laisser ces sociétés dans une situation plus favorable que les sociétés françaises ;

comme ces dernières, elles doivent donc traiter avec le public, passer un nouveau contrat avec les tiers.

Si ce système est assez acceptable au point de vue rationnel, il est inadmissible au point de vue juridique. D'après la loi, la société étrangère doit se conformer aux lois françaises ; on transforme le texte, en disant qu'il faut que la société se conforme aux lois sur la publication à donner aux sociétés ; c'est donner à la phrase du texte une interprétation qui ne s'y trouve pas renfermée, c'est faire une distinction arbitraire. Pour être logique, pour donner au texte sa pleine extension, nous préférons le premier système au second.

De plus, en pratique, il serait souvent irréalisable. La loi française nous dit où doivent se faire les dépôts exigés (L. 1867, art. 55). Le lieu de la publication est presque toujours le lieu où la société a son siège social, son principal établissement ; or ici nous sommes en présence de sociétés constituées à l'étranger, n'ayant en France que des représentants ou des succursales. A l'accomplissement des formalités, il y aura un obstacle de fait puisqu'on ne saura en quel lieu se soumettre à la loi sur la publicité, ou un obstacle de droit, puisque la publicité des sociétés consiste dans un ensemble de formalités qui ne peuvent être imposées qu'aux sociétés constituées en France.

C. — D'après une troisième opinion, le législateur, dans cette loi de 1857, en ajoutant le membre de phrase dont il s'agit, a entendu faire allusion à la condition civile des étrangers en France ; il a voulu dire que la société étrangère, une fois reconnue, devrait être considérée et traitée comme un individu étranger, qu'elle aura absolument les mêmes droits que cet individu sans en avoir plus. Or l'individu étranger est obligé, en France, de se conformer aux lois françaises ; il ne jouit de certains droits que

conformément à ces lois, dans la mesure indiquée par elles. La société étrangère ne pourra exercer en France tous ses droits et ester en justice qu'en se conformant aux lois, c'est-à-dire dans la mesure que les lois françaises déterminent pour la jouissance des droits civils accordés aux étrangers. La loi française détermine le quantum des droits et des obligations. Cette opinion entraîne les conséquences suivantes :

1^o La société étrangère étant obligée de se conformer à la loi française, pourra être punie pour les agissements frauduleux commis par elle sur le territoire français, alors même que ces agissements, réputés frauduleux et punissables par la loi française, seraient considérés comme non répréhensibles par la loi étrangère (L'art. 15 de la loi de 1867, est applicable aux sociétés étrangères).

2^o Les sociétés étrangères, soumises à la loi française, seront soumises à l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi* (art. 16). L'autorisation n'implique pas dispense de la fournir.

3^o Elles sont soumises aux lois spéciales sur les négociations des titres en bourse (décret du 22 mai 1858), et aux lois fiscales sur les sociétés, notamment à celles fixant l'impôt sur le revenu, déterminant la quotité du timbre, aux lois sur l'enregistrement (Loi de finances, 23 juin 1857, art. 9 ; décret 17 juillet 1857, art. 10 ; Loi du 29 juin 72, art. 1 ; décret du 6 déc. 1872, art. 3).

Détermination de la nationalité. — Les sociétés étrangères ne peuvent avoir, en France, plus de droits que les sociétés françaises. Si la loi française ne reconnaît pas de personnalité à certaines associations, celles-ci ne peuvent invoquer la loi de 1857, alors même qu'elles seraient reconnues comme personnes morales par la loi du lieu de leur fondation. Il est donc important de déterminer la nationalité, de savoir reconnaître l'extranéité d'une société.

dont la situation est ainsi réglée par une loi spéciale. Comment déterminer ce point ? En cas de doute, il faut faire abstraction de la nationalité des individus associés, puisque nous sommes en présence d'une personne morale ; il ne faut pas non plus se préoccuper du lieu où la convention a été signée ; ce lieu peut avoir été choisi par l'effet du hasard ou d'un caprice. Il ne reste plus qu'un seul endroit, le lieu du siège social, pour déterminer la nationalité de la société. Si le domicile réel et le domicile légal sont distincts, c'est au premier qu'il faut s'attacher (1).

II. *Des associations autres que les sociétés commerciales.*

— Nous arrivons à la seconde branche de la distinction que nous avons posée ; elle comprend les personnes morales qui ne sont pas sociétés commerciales et même les sociétés commerciales ne remplissant pas les conditions de la loi de 1857. Ont-elles en France, si elles sont reconnues à l'étranger, une existence légale ? Peuvent-elles y acquérir un droit, être titulaires actifs ou passifs d'une obligation, ester en justice ? La question est délicate et controversée ; nous nous trouvons en présence de trois systèmes absolument différents.

A. — *Première opinion.* — Toute personne morale, reconnue à l'étranger, jouit de la même reconnaissance en France ; les effets de la reconnaissance légale accordée sur le territoire étranger se prolongent jusque sur le territoire français. Cette doctrine invoque les arguments suivants :

Cette solution est la conséquence du statut personnel et du principe posé par la loi :

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes suivent ces personnes partout où elles se trouvent. L'article 3 distingue-t-il entre les personnes réelles, les individus, et les personnes morales ? Non. La loi emploie le

(1) Tr. civ. Seine. 11 mars 1880. J. des soc. civ. et com. 1880, p. 144.

mot : personne, *lato sensu* : ce mot a un sens générique ; en droit, il est attribué aux individus ayant une existence réelle, distincte, et encore aux établissements publics, aux personnifications créées par le législateur : l'Etat, la commune, un hospice sont des personnes. Le principe du statut personnel, par cela seul qu'il est personnel, s'applique aussi aux personnes fictives ; la reconnaissance légale, l'incorporation rentrent-elles dans les règles sur le statut personnel ? La reconnaissance est-elle une règle sur l'état et la capacité de la personne ? L'affirmative n'est pas douteuse sur ce point, dit la jurisprudence : l'incorporation rentre au premier chef dans les règles concernant l'état et la capacité des personnes. En effet, c'est l'acte de naissance d'une personne morale ; c'est ce qui lui donne l'être, la vie ; c'est la base même de l'état et de la capacité ; sans l'incorporation il n'y aurait pas d'état, il n'y aurait pas de titulaire actif ou passif d'une obligation. C'est la première de toutes les conditions réglant l'état, la capacité des personnes fictives créées par le législateur.

On invoque, en second lieu, les motifs qui ont inspiré au législateur le principe de la personnalité, motifs reconnus par tous les anciens auteurs, partisans de la distinction ancienne des statuts. Pourquoi veut-on que les lois sur l'état et la capacité de la personne la suivent, sous quelque latitude qu'elle se trouve ? C'est afin que l'état et la capacité soient indivisibles ; par la nature des choses, il est impossible qu'au même moment, suivant une simple différence de situation locale, la même personne majeure se trouve mineure et réciproquement. Cette indivisibilité, raison d'être de la personnalité, des lois concernant la capacité, existe ici : on ne conçoit pas qu'il puisse y avoir une sorte d'état à double face, la personne morale étant considérée comme existante à tel endroit, et à quelques

lieues plus loin n'ayant plus aucune existence au point de vue juridique.

On ajoute un troisième argument. L'incorporation n'est pas seulement une condition nécessaire à l'existence de la personne ; c'est encore une solennité extérieure, une véritable formalité ; or, dit-on, les lois régissant les formes sont essentiellement locales et en même temps produisent leur effet partout : un acte fait régulièrement sous la forme usitée en un lieu, est reconnu partout comme valable. L'incorporation est une formalité extérieure ; elle est à la fois le vêtement et le fondement de la personne juridique. C'est le cas d'appliquer ici la règle *locus regit actum*. L'incorporation faite valablement, d'après les formes usitées en un lieu, doit produire les mêmes conséquences et effets en un autre lieu.

Pour étayer ces raisons, on a invoqué des considérations pratiques : Si vous n'admettez pas ce système, dit-on, vous êtes obligés de dénier l'existence à la personne morale ; lui déniait l'existence, vous êtes forcés de lui refuser toute espèce de droits ; ce refus peut avoir de grands inconvénients, peut même susciter des conflits internationaux, graves dans telle circonstance donnée. Pour trancher ces difficultés, il faudra que l'établissement public étranger demande en France la reconnaissance, que le gouvernement français, par un acte de sa volonté, et conformément aux lois françaises, donne l'incorporation à la personne morale étrangère. Ce moyen de sortir d'embarras n'est pas pratique ; car les lois qui supposent l'incorporation possible d'une collectivité, s'occupent toujours d'établissements publics situés en France ; par exemple, la loi parle de l'Etat, mais de l'Etat français : on se trouve en présence de difficultés inextricables. Comment l'incorporation sera-t-elle donnée à la

société étrangère ? Faudra-t-il une loi ou un simple décret ? Dans quelles formes ce décret sera-t-il rendu ? (1).

B. — *Seconde opinion.* — Celle-ci, moins radicale, a trouvé surtout en Belgique des représentants. On propose une distinction parmi les personnes morales reconnues à l'étranger : il y en a, d'une part, qui sont nécessaires, c'est-à-dire qui, par la nature même des choses, doivent être reconnues dans le monde international ; d'autre part, il y a des personnes morales, dont l'existence est indifférente au point de vue du droit international et qui, par conséquent, ne constituent de véritables êtres juridiques que là où elles ont été reconnues. Ainsi, l'Etat et les dépendances de l'Etat, communes, provinces, départements, sont des personnes morales qu'il faut reconnaître et qui sont nécessairement reconnues dans le monde international ; elles n'ont pas une existence limitée au territoire sur lequel l'incorporation leur a été donnée, elles étendent sur d'autres territoires leur existence légale et les conséquences de cette existence ; elles s'imposent en pays étranger tout comme les personnes physiques. De leur nécessité il résulte que le législateur étranger n'est pas maître d'en faire abstraction.

Les autres personnes morales, artificielles, n'ont de titre à l'existence comme corps que l'acte du pouvoir souverain qui les a constituées ; ici le législateur a considéré avant tout l'intérêt privé des associés. Ces personnes répondent à un besoin, mais à un besoin temporaire, local : utiles ici, elles sont nuisibles ailleurs ; nécessaires aujourd'hui, elles constitueront demain une superfétation ; elles répondent, là où elles existent, à une idée, à un intérêt absolument relatifs.

Ce n'est pas une unité nécessaire ; c'est une création

(1) Le Conseil d'Etat a décidé qu'un établissement d'utilité publique, reconnu comme personne civile par la loi étrangère, peut recevoir des dons et legs de biens, meubles ou immeubles situés en France (C. d'Etat. Avis du 12 janv. 1854. DALLOZ, 3^e P. page 46 du tome 56).

arbitraire de la volonté du législateur ; elle ne doit pas avoir une étendue plus grande que cette volonté ; celle-ci se trouve restreinte dans les bornes du territoire, il en est de même de ses créations.

L'incorporation, d'ailleurs, est toujours un acte de souveraineté, puisque c'est la loi qui crée arbitrairement une fiction, considère comme existant et pouvant avoir des droits un être qui, en réalité, n'existe pas et n'a aucune entité physique. Elle a donc la même étendue que l'acte de souveraineté, c'est-à-dire que c'est un acte essentiellement territorial, ne produisant ses effets qu'en deçà des frontières du pays. C'est le principe de l'indépendance réciproque des Etats. Telle est la règle générale à laquelle, dit-on, il faut apporter une exception.

Puisque le droit international existe, il suppose la reconnaissance d'un certain nombre d'Etats ; il y a des rapports internationaux, c'est un fait incontestable. L'Etat, communauté des droits et des obligations dans l'ordre politique, représente une unité dans le monde international ; on lui reconnaît des droits, des obligations ; ceux-ci appartiennent à l'Etat considéré comme personne morale. Le droit international s'appuie précisément sur la reconnaissance de la personnalité des Etats ; et il a pour but l'étude des droits et des obligations qui leur appartiennent. — Un Etat peut déclarer la guerre, faire un emprunt, etc. ; *a fortiori*, cette capacité doit-eile le suivre dans l'ordre privé ; on ne concevrait pas que l'Etat pût acquérir une province, un pays entier, et ne pût pas acquérir à Paris un hôtel pour son ambassadeur : il y aurait là une véritable contradiction. Si on lui reconnaît une aussi large personnalité, dans le droit international public, on ne peut lui défendre de recueillir un legs, de poursuivre un débiteur devant un tribunal étranger.

Ce qui est permis pour l'Etat, ajoutent les partisans du

système, doit être reconnu pour les personnes morales qui sont des dépendances de l'Etat. Il y a, dans la plupart des pays, des provinces, des départements, ayant des intérêts particuliers, pouvant avoir des droits spéciaux; il y a des communes qui, en tant que communes, constituent des personnes morales. La personnalité, nécessairement reconnue à l'Etat, doit exister pour les communes, les provinces : car ces personnifications ne sont, en définitive, que la reproduction, sous un type plus restreint, de la personnification même de l'Etat, des subdivisions d'une personnification plus grande. La commune, c'est l'Etat se rapportant à l'administration d'intérêts locaux; c'est toujours l'Etat qui intervient; pour le département, pour la province, il en est de même; c'est l'Etat, agissant dans une sphère plus restreinte. Ce n'est pas une personnification tout à fait différente de celle de l'Etat; c'est l'Etat gérant d'une façon plus spéciale les intérêts du département à propos d'intérêts plus particuliers. Si on reconnaît une personnalité nécessaire à l'Etat, il faut reconnaître la même personnalité aux dépendances de l'Etat.

Quant aux personnes civiles non nécessaires, pour qu'elles soient reconnues en France, il leur faudrait une autorisation qui, si elle est accordée, sera une garantie qu'elles répondent en France à un besoin, à une idée, à une utilité; elles pourront alors exister, parce que leur motif d'être sera approuvé.

Cette distinction subtile a surtout été adoptée en Belgique (1).

— D'après les deux systèmes que nous venons d'exposer, il y a donc des personnes morales agissant comme telles à l'étranger; il faut alors trancher une autre question :

(1) Arrêt type. C. Cass. Belg., 8 février 1849. DALLOZ. Alphab. au mot : Sociétés, n° 1588.

quelle sera la limite des droits dont jouiront les personnes morales étrangères ainsi reconnues ? Quelle sera la loi régissant leur capacité ?

Le problème est susceptible de deux solutions. Ou les droits de la personne morale étrangère dépendent de la loi du pays sur le territoire duquel elle est née : ou elle n'aura d'autres droits que ceux reconnus aux personnes morales, existant dans le pays où la question naît ; s'il s'agit d'un legs fait à un bureau de bienfaisance étranger, ce bureau ne jouira pas en France de droits plus considérables que les bureaux de bienfaisance français.

I. — La première solution a été adoptée par la jurisprudence française : la loi du pays de l'incorporation première doit être consultée, la personne morale étrangère jouit en France des droits qui lui sont reconnus par la loi du pays où elle est née. — C'est la conséquence, dit-on, du statut personnel ; celui-ci a pour effet de faire appliquer partout la loi de l'individu ; c'est d'après la loi étrangère qu'il faut apprécier les droits de la personne. Les droits des personnes morales dérivent de l'acte d'incorporation ; admettre cet acte, c'est en admettre les conséquences ; la situation des personnes morales est analogue à celle des personnes privées ; si on constate qu'il y a un acte d'un souverain étranger qui leur a donné l'être, il suffit d'appliquer la loi du pays, qui forme la base de leur état et de leur capacité. La jurisprudence française (avis du Conseil d'Etat, 12 janvier 1854), et la doctrine (1), admettent le principe du statut personnel. Le même système est admis législativement par le Code civil italien, plus riche que le nôtre en dispositions de droit international privé... L'article 3 dispose que l'étranger est admis à jouir des droits civils attribués aux citoyens. L'art. 2 : les

(1) Foelix. T. 1, n° 31. Vavasseur. Journal. T. 2, p. 6.

communes, les provinces, les établissements publics civils ou ecclésiastiques et en général tous les corps étrangers, légalement reconnus, sont regardés comme des personnes et jouissent des droits civils, selon la loi et les usages constituant le droit public.

Donc les personnes civiles, légalement reconnues à l'étranger, ont un statut personnel, de même que les personnes physiques auxquelles cet art. 2 les assimile; elles jouissent en Italie des droits civils attribués aux citoyens; cette jouissance sera réglée par la loi du lieu où la personne juridique a son siège, loi qui, à son égard, peut être dite nationale: seulement il ne doit être fait aucune dérogation aux dispositions du droit public italien. M. Laurent, tout en reconnaissant que les légistes italiens interprètent ainsi l'art. 2 de leur Code, soutient que le législateur italien aurait seulement voulu dans cet article établir le principe de la personnification, en disant que les corps étrangers légalement reconnus étaient considérés comme des êtres capables de droit. D'ailleurs M. Laurent se range à la deuxième opinion qui paraît triompher en Belgique et en Allemagne,

II. — Les personnes morales étrangères n'ont dans un pays que les droits reconnus par la législation de ce pays; elles sont assimilées aux corporations locales analogues; il faut considérer la loi du pays où elles veulent agir. Mais, d'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue la loi du lieu où elles ont reçu la personnification; il faudra dans tous les cas que les droits qui leur sont reconnus par la loi locale le soient aussi par la loi de leur pays. Supposons que la personne morale étrangère, reconnue comme telle par la loi étrangère, ne peut acquérir d'immeubles, parce que la loi, tout en admettant la création de personnes fictives, restreint les droits de ces personnes, et leur défend dans un intérêt d'ordre public facile à concevoir d'acquérir des immeubles qui deviendraient biens de main morte: cette personne morale

agit en France; une succession lui est léguée; elle pourra, dans le système que nous exposons, invoquer les droits reconnus par la loi française aux personnes morales analogues; mais, en même temps qu'elle suit la loi française, elle ne pourra pas avoir en France plus de droits qu'en son pays; elle pourra recueillir la part de succession qui se compose de meubles; en ce qui concerne les immeubles, l'incapacité qui la frappe en son pays la suivra en France. La loi du pays où la personne morale est née, fixe toujours le maximum possible des droits de cette personne.

En supposant que les personnes morales étrangères aient en France une existence légale, il nous semble que ce deuxième système est plus rationnel; il s'appuie sur les raisons suivantes :

1^o On conçoit que les personnes morales ne peuvent nulle part avoir plus de droits que ceux qui leur sont reconnus par la loi du pays où elles sont nées. En effet, c'est cette loi qui détermine et en même temps limite leur existence; il s'agit de personnes fictives ne pouvant, comme telles, avoir d'autre existence que celle qu'elles tiennent de la volonté du législateur; en dehors des concessions de la loi la personnification disparaît; en dehors des facultés reconnues, la personne morale n'existe plus. On reconnaît dans un pays qu'une personne morale ne peut acquérir que des meubles; elle n'existe pas dans les rapports qu'elle peut avoir avec des immeubles, c'est le néant. L'existence de la personne morale la suit avec les mêmes conditions bonnes ou mauvaises, avec les mêmes limites dans tous les pays où elle se trouve. Là où elle disparaît, elle disparaît *erga omnes*; si en ce qui concerne certains droits, certaines choses, la personne morale c'est le néant, c'est le néant partout à l'étranger comme en son pays. C'est l'application de la maxime : *prius esse quam tale esse*. Avant d'être réputé capable d'avoir tel droit, il faut exister.

2^o On conçoit que, tout en tenant compte de la législation

du pays où la personne morale est née, ce ne soit pas cette législation seule qui détermine ses droits, ses obligations; qu'en dehors de la limitation indiquée, les personnes morales étrangères ne puissent avoir plus de droits en France que les personnes analogues; la loi française devra être consultée. Il y a en effet un principe reconnu par tous en matière de statut personnel : l'application de la loi étrangère a pour limite l'ordre public et ses nécessités. Cette règle doit s'appliquer ici. Ce qui est considéré comme d'ordre public en un pays est réel, et soumis à la législation territoriale. Il y a ici une loi réelle, parce que tout dans la personnification des corporations, ce qui concerne leur existence et leurs droits, est de droit public. Partout on considère que cette question touche l'intérêt général. C'est uniquement en vue de l'ordre public que le législateur reconnaît la personnification à tel être fictif, la refuse à tel autre, c'est toujours dans le droit public que se trouvent les règles qui concernent l'incorporation. Par conséquent, il faut considérer la loi territoriale; la personne morale étrangère ne jouit en un pays que des droits qu'on y reconnaît aux corporations analogues.

Nous avons fait connaître deux systèmes, ayant ceci de commun qu'ils reconnaissent à des personnes morales le droit d'agir comme telles à l'étranger; nous revenons à la question générale, dont nous avons interrompu le développement pour faire suivre les deux premiers systèmes de leurs conséquences.

C. — *Troisième opinion* — Nous suivons un troisième système que nous formulerons de la manière suivante. Les personnes morales n'ont dans un pays, autre que celui qui les a reconnues, aucune existence, par conséquent elles n'y jouissent d'aucun droit, et cela sans distinguer entre les personnes morales nécessaires et celles qui ne le seraient pas.

I. — La tradition historique est absolument formelle en ce

sens, formelle d'une façon ne pouvant laisser aucun doute ; car on appliquait cette règle non-seulement dans les rapports internationaux, mais encore en France dans les rapports de province, à province. La jurisprudence des Parlements a été bien nette en ce sens.

Lorsqu'un corps existe dans le ressort d'un Parlement qui a approuvé ses statuts, peut-il s'appuyer sur cette reconnaissance pour étendre ses rapports, ses acquisitions, dans le ressort d'un autre Parlement où il n'a pas été approuvé ? Le Parlement de Paris a résolu la question en refusant l'existence à une congrégation religieuse reconnue par le Parlement de Rouen — « lorsqu'un corps est reconnu en un endroit, ce n'est que dans les limites de l'autorité qui a donné la reconnaissance qu'il existe (1).

II. Cette opinion est conforme à la nature même de l'incorporation. En effet, l'incorporation est un acte par lequel le législateur donne l'être à une collection d'individus, de façon à créer une nouvelle personne juridique. Elle se présente avec un double caractère : c'est un pur acte de la volonté du législateur qui n'a pas d'autre raison que cette volonté, « *sic volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas*. En second lieu elle crée une fiction. On s'imagine que reconnaître à l'association une existence quelconque est chose simple. On perd de vue qu'il s'agit là d'une création fictive, de quelque chose contraire à la réalité, ne reposant sur rien. L'incorporation est donc essentiellement un acte de souveraineté, puisqu'elle a les caractères de cet acte, le caprice et l'arbitraire. Cet acte doit être limité par les limites mêmes de la souveraineté, celle-ci expire à la frontière. Les conséquences de ce principe sont applicables ici. L'acte de souveraineté expire aux limites où expire le pouvoir de celui qui a créé l'acte. Les Etats ne sont jamais tenus d'obéir à un acte de la souveraineté

(1) DENIZART, au mot : *corps*. § 4. T. V, p. 588.

étrangère; ils peuvent quelquefois le considérer comme un fait. Ils ne sont donc pas tenus d'accorder l'existence légale à un étranger fictif, qui n'existe que par la volonté d'une autorité étrangère.

III. — Cette opinion est conforme aux textes. En ce qui concerne la législation française, il suffit de nous rappeler qu'il y a en matière commerciale la loi spéciale du 30 mai 1857. Le législateur précise les conditions, moyennant lesquelles certaines sociétés peuvent être reconnues par le gouvernement français comme personnes morales. Cela prouve que si des sociétés ne remplissent pas les formalités de la loi, elles ne jouiront en France d'aucun droit et que le droit commun est non pas la reconnaissance, mais l'inexistence absolue des personnes morales étrangères. Avec l'opinion contraire la loi de 1857 est un non sens, une superfétation inutile.

IV. — Cette opinion est conforme à l'intérêt social. Il est certain que l'établissement de personnes morales est toujours, ou, au moins le plus souvent, la conséquence de certains préjugés, de certaines croyances qui peuvent être fort respectables, mais qui peuvent être contraires aux préjugés qui existent dans un autre pays. Il y a des pays où on admet non seulement la liberté absolue de la vie en commun pour les religieux, mais où de plus les associations religieuses jouissent de la personification civile et peuvent librement, sans limitation, acquérir, comme êtres moraux, des biens : on trouve juste qu'il y ait des biens de mainmorte. Cela n'est pas admis, dans d'autres pays où on pense que la multiplicité des biens échappant aux lois de la circulation de la richesse, est quelque chose de contraire à l'intérêt public : les principes de l'économie politique s'opposent à l'existence dans un pays d'un nombre considérable d'immeubles de cette sorte; et ces pays là peuvent avoir tort; c'est peut-être une passion, un préjugé; mais en définitive il y a un fait considéré comme étant d'ordre public et contraire au préjugé de l'autre pays. Peut-on

admettre qu'un pays qui repousse l'existence de certaines personnes morales, parce qu'il les considère comme dangereuses chez lui, soit obligé de les admettre par voie de conséquence, lorsqu'il s'agit de personnes morales plus dangereuses puisqu'elles sont étrangères. En résumé, avec le système contraire, l'Etat se verrait enrayé dans sa marche par des institutions, qui auraient vite, à raison de leur immortalité et de leur unité d'action, acquis une puissance considérable.

Même lorsque nous nous trouvons en présence des personnes morales nécessaires, le même intérêt existe; il n'est pas bon pour l'ordre public, pour les libertés de reconnaître aux Etats la possibilité d'acquérir des immeubles à l'étranger. La propriété donne une influence politique, il n'est pas prudent que cette dernière dépende d'un Etat étranger qui peut devenir un ennemi. Sans doute, cet Etat peut acquérir une province, mais alors nécessairement il la détache de la nationalité dont elle faisait partie et du territoire auquel elle était jointe; il y établit une administration particulière, il la fait sienne. De ce qu'un Etat étranger est reconnu comme corps politique dans le monde diplomatique, est-il permis de conclure qu'il y a nécessité pour lui d'être une personne juridique en France? Si on admet la reconnaissance d'un Etat, on lui donne la faculté illimitée d'acquérir des immeubles. Des Etats fort riches peuvent multiplier leurs acquisitions de jour en jour; une grande partie du sol sera possédée par eux d'une façon plus ou moins apparente. S'il s'agit de petits Etats dont la population est loin d'être en rapport avec l'étendue du territoire, et qui sont en outre entourés de nations d'allures envahissantes, il pourra arriver, à un moment donné, que le souverain local n'aura plus qu'une souveraineté fictive.

Nous devons répondre à l'objection spécieuse tirée de l'art. 3 du Code civil. L'art. 3, dit-on, est général, il pose le

principe de la personnalité, sans distinguer entre les personnes réelles et les personnes fictives. Du moment où nous nous trouvons en présence d'une personne juridique, il faut appliquer le principe.

Il est très douteux que le législateur, en employant le mot *personne*, ait voulu désigner à la fois les êtres fictifs et les individus. Il est à présumer qu'il n'a parlé de personnes qu'avec le sens d'individus, de personnes physiques. L'avis du Conseil d'Etat de 1854, dont nous avons parlé, a employé pour la première fois le mot *personnes civiles*. Si on ouvre le Code civil, on n'y trouve pas le terme : *personne morale*. Le législateur ne parle pas ce langage, il ne parle pas de ces êtres fictifs créés par sa volonté ; il n'y fait allusion que dans deux articles : 537 (propriété), (1596), et 1712 (contrat de louage) ; et comment les appelle-t-il ? Emploie-t-il cette expression qui semble classique : *personnes morales* ou *personnes civiles* ? Non. Il parle d'établissements publics. Dit-il que la propriété de ces établissements est assimilée à la propriété des individus ? Dit-il que les établissements publics sont soumis aux règles du contrat de bail, comme les individus ? Non. Il prend soin de dire que les règles qu'il fait ne sont pas applicables à de telles personnes ; ces êtres fictifs sont régis par une législation spéciale à laquelle il renvoie. Telle est la seule allusion que nous trouvions dans le Code civil, et voilà en quoi elle consiste. On abuse donc des termes dont s'est servi le législateur dans l'art. 3.

On conçoit d'ailleurs que le statut personnel ne soit pas applicable aux personnes morales ; il y a antipathie, incompatibilité entre les deux choses. Quels sont les principaux éléments du statut personnel ? On peut les ramener à trois. Il se compose de la nationalité, de la majorité, des droits de famille.

Ces éléments sont applicables aux individus. On comprend ce qu'on veut dire, lorsqu'on émet des propo-

sitions comme celles-ci : Primus est père de famille tuteur, marié, mineur, Français. Appliqués aux personnes morales, ces éléments deviennent incompréhensibles. La collectivité n'a pas de nationalité; la fiction n'a ni majorité, ni minorité; *a fortiori* les règles sur les droits de famille sont-elles inapplicables à des êtres moraux. Il est donc évident que, par cela même, les éléments du statut personnel répugnent aux personnalités civiles. Les personnes morales n'ont de facultés que celles qui ont rapport aux biens, dont l'acquisition leur est nécessaire pour le but en vue duquel elles ont été établies; il ne peut être question de statut personnel. On facilite pour elles l'acquisition ou la conservation des biens; voilà tout. L'élément personnel fait défaut.

On a fait une autre objection : La personnification vient d'un acte d'autorité; tout acte est soumis à la maxime : *locus regit actum*. Lorsqu'on a observé les formes usitées dans le lieu où il a pris naissance, il doit être considéré comme valable partout.

Il y a des adages qui ont reçu une extension qui dépasse de beaucoup les nécessités à raison desquelles ils ont été établis; la règle : *locus regit actum* est du nombre. On en a fait un étrange abus, on a étendu aux conventions, aux preuves, et surtout on a introduit en notre matière cette maxime qui ne s'applique qu'en matière de procédure aux formes instrumentaires d'un acte écrit, aux formalités extérieures, au vêtement qu'un acte juridique peut prendre; cet adage ne s'applique jamais à des formalités non concomitantes à l'acte, ou aux éléments essentiels, aux conditions intrinsèques. S'agit-il ici d'une solennité extérieure, du vêtement à donner à un acte juridique? Non. Il s'agit de tout ce qu'il y a de plus essentiel; il s'agit de l'existence même d'un être juridique, des éléments vitaux de cet être.

Que penser de la distinction proposée entre les personnes morales nécessaires et non nécessaires, ces dernières créées dans un but privé qui n'exige pas leur reconnaissance ? Nous pensons qu'elle est arbitraire.

Il est vrai que l'Etat est reconnu en tant qu'Etat, en tant que collectivité, comme une personne indépendante, dans le droit international public ; il est vrai qu'on lui reconnaît, en matière politique, des droits et des obligations, qui sont, remarquons-le, absolument différents des droits et des obligations des particuliers ; mais lorsque, par exemple, on reconnaît à l'Etat, comme personne morale, le droit de faire la guerre, il est certain qu'on se place dans un ordre d'idées très différent de celui dans lequel nous nous trouvons. On reconnaît l'Etat comme personne morale, dans le monde international, aux rapports internationaux publics qu'il peut avoir avec les autres nations. Il ne s'agit pas ici de la même hypothèse ; nous nous trouvons non plus dans l'ordre politique, dans l'ordre du droit public, mais dans celui du droit privé. Il s'agit de savoir si l'Etat peut être créancier, propriétaire, demandeur, etc. ; il s'agit d'intérêts privés qu'il va débattre non avec d'autres Etats, mais avec de simples particuliers. L'Etat, personne morale, peut-il être assimilé au premier plaideur venu ? (1). On a confondu, dans le système préconisé en Belgique, deux ordres de principes distincts.

Du reste, à y regarder de près, la distinction n'aboutirait à aucun résultat ; ses membres finiraient par se confondre. On peut soutenir que les personnes morales sont, par cela même, des dépendances de l'Etat, qu'il n'y a pas lieu dès lors de distinguer. En effet, dans tous les pays, la person-

(1) L'opinion la plus générale est qu'un Etat existe comme personne civile, même à l'étranger. — LAURENT, *Dr. civ. int.*, T. 4, p. 124, 126, 127.

nalité n'est accordée à une corporation quelconque que lorsque la collectivité, en présence de laquelle on se trouve, est reconnue d'utilité publique, d'intérêt général. Qu'est-ce que cela veut dire ? Uniquement, que cette association, l'être moral, vient aider l'Etat à remplir sa mission, le remplacer dans quelque chose qu'il avait en vue et n'a pas pu faire apporter dans un travail une assistance que l'Etat ne peut prêter : faire mieux que lui ce qu'il ferait moins bien. L'association reconnue d'utilité publique, par cela seul qu'elle est personne morale, devient un accessoire de l'Etat ; sa mission est la même que celle de l'Etat ; son but est le même que celui poursuivi par l'Etat.

Quelles sont les conséquences du système que nous venons d'exposer ?

Les personnes morales étrangères n'ont de personnalité juridique que là où elles ont été reconnues. Dans les autres pays, elles n'existent pas, ne peuvent ni acquérir, ni ester en justice soit comme demanderesses, soit comme défenderesses. Cette dernière conséquence a été contestée. La Cour de cassation, tout en admettant la non-reconnaissance en France, déclare qu'on peut poursuivre ces associations et les faire condamner devant les tribunaux français, conformément à l'art. 14 du Code civil ; elles pourraient donc être défenderesses dans un procès. Il y a là une contradiction avec le principe posé par la cour suprême ; il n'y a pas de différence entre celui qui agit en justice en demandant ou en défendant : il faut commencer par exister pour ester en justice. La Cour de cassation a résolu alors la question de la manière suivante : Elle ne reconnaît pas l'existence de droit des associations publiques étrangères ; si on ne doit pas leur reconnaître une existence légale, il faut au moins leur reconnaître une existence de fait, et cela forcément, parce que l'existence de fait de ces personnalités est une

chose matérielle, physique, découle d'un ensemble de circonstances non contestables. Si on les reconnaît en fait, il faut admettre que les créanciers peuvent les poursuivre devant les tribunaux français (1). Le même principe est admis par la jurisprudence anglaise et américaine.

Cette jurisprudence, à l'examiner au fond, ne peut, en réalité, invoquer qu'un seul argument, qui est la raison pour laquelle elle s'est établie : c'est l'intérêt des tiers. La Cour de cassation, en France, s'est préoccupée de l'intérêt des Français, pouvant avoir traité avec des personnes morales étrangères. Reculant devant les conséquences du principe qui aurait voulu qu'on refusât toute action à ces Français, elle a admis un détour : la possibilité de les attaquer comme associations de fait.

L'intérêt n'est pas un argument de droit ; nulle part il n'est dit que lorsqu'un principe est en désaccord avec l'intérêt de quelqu'un, il faut tourner le principe. Quant à la distinction entre l'existence de fait et celle de droit, sur ce point, la doctrine de la Cour de cassation est, à notre avis, inadmissible. En matière juridique, une seule chose est à considérer : le droit, la volonté du législateur. Or, dans notre matière, l'existence d'un être juridique ne provient que de la loi ; lorsque la loi n'a rien dit, l'être n'existe pas. L'existence de fait seule ne peut être prise en considération ; car il s'ensuivrait que la loi ne signifie rien ; les formalités perdent toute espèce d'utilité. La jurisprudence arrive à une conséquence diamétralement opposée au principe : elle aboutit, par de telles décisions, à reconnaître juridiquement des êtres qui n'existent pas. La Cour de cassation dit : Nous ne les reconnaissons qu'en fait. Mais si une Cour énonce dans le dispositif de ses arrêts, qu'elle condamne telle association à restituer tel bien, elle a beau à l'avance faire des réserves.

(1) 19 Mai 1863, 14 Nov. 1864. Dal. 63 I. 248 ; et 64. I. 466.

c'est une reconnaissance qu'elle fait; elle arrive à se mettre au-dessus de la loi; elle donne un acte de naissance à un être juridique qui n'existe pas d'après la loi.

Donc, pas plus en fait qu'en droit, les personnes morales étrangères ne doivent être admises en France. Si les tribunaux sont en présence d'une association de ce genre, même défenderesse, ils doivent, sans statuer, débouter le demandeur. C'est rigoureux, dit-on; mais d'abord les tiers qui ont traité avec l'association étrangère ont eu tort de ne pas prendre de garanties spéciales contre le danger de la non reconnaissance, en France, de la personne morale étrangère. C'est un risque qu'ils ont accepté, et si plus tard, parce que le contrat n'est pas accompli, ils sont obligés de recourir à la justice, c'est à eux qu'ils devront s'en prendre.

Les personnes morales, d'ailleurs, ne contractent pas elles-mêmes; elles sont obligées d'avoir des porte-voix, des représentants. Les tiers, qui contractent en France avec l'une d'elles, traitent toujours avec un ou plusieurs individus qui se sont présentés comme en étant les mandataires. Les créanciers français pourront, dans certains cas, assigner celui qui a contracté avec eux; ils peuvent recourir contre lui en lui disant : vous vous êtes présenté à nous comme mandataire de telle association étrangère; or, aux yeux de la loi française, la personne morale n'existe pas; le mandat est nul. Je ne connais que vous individuellement, dira le demandeur, vous êtes personnellement responsable si j'ai payé ce que je ne devais pas.

Nous évitons ainsi en partie les inconvénients qu'on objecte.

Cette matière présente des obscurités nombreuses, des points délicats. Notre solution amène sans doute, dans certains cas, des inconvénients : un Etat étranger ne pourra pas, en droit rigoureux, acquérir en France un

immeuble pour loger un ambassadeur. Les inconvénients peuvent être conciliés avec les exigences de la pratique : lorsque la non-reconnaissance des personnes morales présente des dangers, soit au point de vue public, soit au point de vue privé, il est facile d'y remédier au moyen d'un traité. Puisqu'une loi suffit pour donner l'être juridique à une personne morale, *a fortiori*, un traité conclu entre deux Etats doit-il avoir la même valeur. Le traité, promulgué suivant les formes ordinaires, sera considéré comme ayant la force législative dans les deux pays. Tous les intérêts seront satisfaits ; on ne pourra objecter la non-reconnaissance et d'un autre côté, cette reconnaissance sera accordée dans des limites tellement étroites, qu'il n'en résultera aucun danger pour l'intérêt public.

Deuxième proposition.

— *La loi personnelle de l'étranger sur l'état et la capacité régit les rapports juridiques qu'il a, soit avec les autres étrangers, soit avec les Français.*

Le principe de la personnalité se présente à nous comme général et absolu ; l'étranger peut invoquer sa loi *erga omnes* qu'il ait contracté en France avec un étranger ou avec un Français.

— Cependant cette règle si simple est loin d'être acceptée par tous. Un système séduisant, adopté par M. Valette (1), suivi par plusieurs auteurs, notamment par M. Delsol, enseigne que la loi personnelle de l'étranger n'est admissible en France que dans les limites de l'intérêt français, c'est-à-dire qu'autant qu'elle ne nuit pas à l'intérêt d'un Français : du moment où un Français serait lésé par l'application de la loi étrangère, il faudrait revenir à la loi française. Un Prussien, âgé de 23 ans, contracte en France une obligation au profit

(1) Valette sur Proudhon (de l'état des personnes). T. 1, p. 85.

d'un Français. S'il se retranche derrière son incapacité, le créancier pourra-t-il lui répondre par la loi française ?

Pour soutenir l'affirmative, on a invoqué d'abord l'intérêt général. Si on applique la loi personnelle avec son absolutisme, on arrive à causer aux Français des détriments considérables. Ils ne connaissent pas les lois étrangères et ne sont pas obligés de les connaître; ils ignorent les incapacités édictées par ces lois, ils peuvent donc de bonne foi contracter avec un individu qui plus tard se retranchera derrière un texte de loi qu'ils n'ont pu prévoir, et de là une conséquence fâcheuse pour le commerce : les Français n'oseront faire aucune affaire avec les étrangers; et même en se retranchant dans cette inaction absolue, ils seront encore trompés. Si un individu dissimule sa nationalité, ou si sa nationalité n'est pas apparente, le Français contractera, et plus tard les mêmes inconvénients se renouvelleront. Il y a là l'éventualité d'un préjudice considérable sans moyen de s'en prémunir. La force de l'argumentation consiste donc à reproduire les inconvénients.

On tire, en second lieu, un argument de droit de l'art. 1 du C. civil, qui ne fait que répéter cette maxime : *Nemo censetur ignorare legem*. La loi une fois promulguée doit être exécutée; si elle déclare des incapacités, ces incapacités sont censées connues de ceux qui ont connaissance de la loi ou doivent la connaître. Ce principe n'est applicable en France qu'à la loi française, il ne s'agit pas d'une loi étrangère; ce n'est donc que d'une incapacité édictée par la loi française que le législateur veut parler; ce n'est que celle-là que le Français est censé connaître.

C'est une règle générale, ajoute-t-on, que tout individu est tenu de connaître les lois du lieu où il passe un contrat, parce qu'il lui est possible de se procurer cette connaissance. La maxime : *qui cum alio contrahit vel est*

vel debet esse non ignarus conditionis ejus, ne peut trouver son application dans des cas où la condition dépend de faits ou de lois en vigueur dans un pays étranger et dont celui qui contracte avec l'incapable ne peut avoir connaissance. (Burge).

Il ne faut pas oublier d'ailleurs que le principe de la personnalité n'est pas formellement exprimé par le législateur; l'art. 3 en parle bien à propos du Français; mais en ce qui concerne l'étranger, le législateur ne dit rien : c'est donc une règle tirée par interprétation du texte de la loi; si ce n'est pas un principe formel, il doit y avoir une certaine latitude pour le juge dans l'application; une largeur de mouvement lui est laissée. Quelle est cette mesure? Elle est simple; le juge est le délégué, le représentant de la souveraineté; le désir de la souveraineté française est de protéger les Français; le juge ne doit appliquer l'art. 3 que dans les limites de l'intérêt français; si l'application du principe est en désaccord avec cette obligation personnelle, il cesse d'être forcé de l'appliquer (1).

De ce système se rapprochent, sans toutefois se confondre avec lui, les Codes autrichien et prussien. Ces deux codes ne disent pas absolument que le statut personnel n'est applicable aux étrangers que dans la limite des intérêts des Autrichiens ou des Prussiens; mais les conséquences sont les mêmes.

Le § 35 du code civil d'Autriche est ainsi conçu.

« Un engagement pris dans cet État par un étranger et

(1) Ce n'est pas seulement en matière de capacité, que les partisans de ce système se préoccupent de l'intérêt des nationaux. Ce système est plus large et embrasse d'autres matières, (notamment en mat. success.). Un étranger résidant en France, ou, suivant la jurisprudence, y ayant un véritable domicile sans autorisation, meurt laissant des meubles en France et des héritiers français : ce système applique, dans l'espèce, la loi française.

(VALETTE, I. p. 99); (DEMOL, I. n. 94).

en vertu duquel il confère des droits à des tiers, sans les obliger réciproquement envers lui, sera jugé, soit d'après le présent code, soit d'après la loi à laquelle l'étranger est soumis en sa qualité de sujet, suivant que l'une ou l'autre législation favorise le plus la validité de l'engagement. »

Nous lisons dans le § 35 de l'Introduction au code prussien.....

« Un étranger qui contracte dans ces États sur des objets qui s'y trouvent doit être jugé relativement à sa capacité de contracter suivant les lois qui favorisent le plus la validité de la convention. »

L'article 53 du nouveau code de procédure de l'Empire, contient la disposition suivante. « Un étranger qui, d'après la loi de son pays, ne possède pas la qualité d'ester en justice, est censé l'avoir, si cette capacité lui compète d'après la loi du tribunal saisi du procès.

En Suisse, d'après la loi fédérale sur la capacité civile, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1882, la majorité est fixée à 20 ans, et, d'après l'art. 10, *in fine*, l'étranger qui, d'après le droit suisse, posséderait la capacité civile (s'il a vingt ans), s'oblige valablement par les engagements qu'il contracte en Suisse, envers un Suisse ou un étranger, lors même que cette capacité ne lui appartiendrait pas selon le droit de son pays.

Quel est le but de cette disposition ? Ce n'est pas tant la protection des nationaux, que la stabilité des actes passés en Suisse, la sécurité de tous ceux qui y font des affaires. Ce n'est pas la doctrine de l'intérêt des nationaux ; il n'y a pas de privilège de nationalité. Toutefois nous préférons poser d'une manière absolue la règle : les lois qui régissent la capacité d'une personne suivent cette personne partout où elle se trouve. Si dans un pays, l'intelligence se développe rapidement à raison

des mœurs ou de la nature de l'éducation première, si la minorité finit d'une manière précoce, est-il logique de conclure que chez un individu n'ayant ni les mêmes mœurs, ni la même éducation, la raison aura acquis, à la même époque, une complète maturité, et que cet étranger aura pu contracter en parfaite connaissance de cause? Est-il logique de décider que l'individu, mineur jusqu'à 25 ans dans son pays, peut contracter en Suisse à 20 ans? La capacité est une, la personnalité juridique ne peut changer avec les déplacements.

Il était intéressant de rapprocher de la formule du système de M. Valette, les dispositions de certaines législations étrangères, qui ne posent pas d'une manière absolue le principe de la personnalité en ce qui concerne la capacité des personnes. (1) Examinons maintenant en lui-même le système de l'intérêt français et voyons s'il est fondé.

M. Demolombe (2) s'est élevé contre ce système en le trouvant fort arbitraire. Le savant jurisconsulte en a ajouté un nouveau, qui n'en est que la reproduction sous une forme aussi arbitraire.

L'intérêt français est quelque chose de variable, vague, flottant. Il faut, d'après M. Demolombe, préciser. Le statut personnel étranger sera applicable toutes les fois que le Français, en contractant avec l'étranger, aura commis quelque légèreté, quelque imprudence; au cas contraire, l'étranger ne pourra opposer au Français sa loi nationale, les incapacités qui peuvent découler de l'application de la loi étrangère. Telle est la formule générale; il fallait la préciser; voici le criterium proposé à cet effet :

Lorsqu'il s'agira d'actes de la vie usuelle, par exemple,

(1) Pays-Bas (art. 9); Russie (IX, 902). Ces nations admettent la territorialité des lois.

(2) Demolombe, t. I, p. 401, n° 402, comp. Aubry et Rau, § 31.

fournitures d'aliments, de denrées, loyers de maisons, alors, d'après M. Demolombe, il n'est pas d'usage que les personnes aillent faire une inquisition minutieuse de l'état de celui avec qui elles contractent ; pour ces affaires on devra présumer que le Français a agi sans imprudence ; l'étranger ne pourra lui opposer les incapacités qui le frappent ou le protègent en vertu de sa loi personnelle. — S'il s'agit d'actes plus importants, achats d'immeubles, reprise d'un fonds de commerce, constitution d'hypothèque, le Français ne pourra pas opposer la même présomption ; le statut personnel de l'étranger pourra être invoqué contre lui, on pourra lui reprocher de n'avoir pas fait une enquête sur la capacité de celui avec qui il contractait.

Nous repoussons le système de l'intérêt français sous ses différentes formes. Il est facile de réfuter l'argument qu'on a tiré de l'intérêt général. La lésion qui peut provenir de l'ignorance de l'état de la personne avec laquelle on contracte est une lésion commune, un fait qui peut se présenter journellement, non-seulement si on contracte avec un étranger, mais même si on traite avec un concitoyen. Il peut arriver qu'un Français contracte avec un autre Français dont il ignore l'état, sur les qualités personnelles duquel il se trompe ; par exemple un jugement d'interdiction peut avoir été rendu autrefois contre ce dernier et par un tribunal éloigné. Son ignorance peut être invincible, il n'aura pu arriver à découvrir la vérité : une femme vient s'établir dans une région, se présentant comme non mariée, bien qu'en réalité elle le soit. Ces erreurs ne sont pas une cause de rescision ni une raison pour restituer le Français contre les inconvénients résultant de son ignorance ; l'autre Français est toujours libre de faire valoir les incapacités établies dans son intérêt, malgré l'erreur invincible du cocontractant.

Nul n'est censé ignorer la condition de celui avec

qui il contracte (L. 19. D. de regulis juris). Pourquoi ce principe général ne serait-il pas applicable en notre matière ? On oppose l'art. 1^{er} du Code civil ; cette règle, dit-on, n'est applicable qu'en ce qui concerne la loi française ; mais, il y a un point qu'on oublie : le commandement de la loi, la force obligatoire s'étend non seulement à ce qui est formellement exprimé dans la loi, mais encore à à ce qui s'y trouve implicitement renfermé. Tous les jours, on fait sortir par voie d'interprétation d'un texte des dispositions qui n'y sont pas énoncées. La force obligatoire de la loi s'étend à tout ce que le législateur a voulu dire. L'art. 3 ne dit pas formellement que l'étranger est régi en France par son statut personnel ; il le dit implicitement ; c'est donc qu'il renvoie à toutes les législations étrangères. Ce renvoi tacite, par voie d'interprétation, doit avoir la même force obligatoire qu'un renvoi formel inséré dans cet article.

On objecte le devoir de protection du juge : il y a là, selon nous, une erreur. Le juge n'est pas un protecteur ; il est établi pour interpréter la loi, pour l'appliquer aux faits déferés à son appréciation. Chargé de dire quel est le droit, *jus dicere*, il n'a pas à se préoccuper des intérêts en jeu ; ces intérêts doivent être anonymes, sans nom, sans nationalité ; la justice ne devrait pas avoir de nationalité. Le juge examine le texte de la loi, ce qu'a voulu dire le législateur.

La vérité est que le principe de l'article 3, tel qu'il est énoncé par la loi, est un principe absolu, auquel le législateur n'a pas dérogé en considération de l'intérêt des nationaux. Si on admet qu'il y a des lois étrangères applicables en France, elles doivent l'être dans toutes les circonstances, à l'encontre de toute personne ; car il n'y a pas de milieu entre la règle de la réalité et celle de la personnalité : autrement on arrive à un résultat contraire à la nature des choses. Le statut personnel suit la personne partout, parce qu'il doit être indivisible comme

l'état, la capacité. Avec le système opposé, au lieu d'avoir l'indivisibilité, nous arrivons à la divisibilité à l'infini; les étrangers qui viendront en France auront des états multiples suivant les personnes avec lesquelles ils contracteront.

Quant à la distinction proposée par M. Demolombe, nous la croyons arbitraire; elle ne repose pas sur une base juridique. Qu'est-ce qui distingue un acte de la vie usuelle d'un acte plus important? tout cela varie et est incertain.

Sans doute, il y a des inconvénients pratiques considérables qu'on ne doit ni ne peut oublier. Le Français sera quelquefois trompé par l'application de la loi étrangère; il se verra opposer des incapacités qu'il ne connaissait pas. On ne peut méconnaître l'existence de pareils dangers, ni la convenance de les combattre dans la mesure de ce qui est réalisable, non au nom de la seule équité.

Il y a, en certains cas, des situations très favorables, où il paraît rigoureux de faire supporter à un Français les conséquences d'une minime légèreté. On peut souvent remédier à ces dangers.

Toutes les fois que l'étranger aura usé de dol, cherché à dissimuler son véritable état pour se livrer à des actes qu'il savait dépasser les limites de sa capacité, en même temps qu'il invoquera l'incapacité, le Français pourra reconventionnellement demander des dommages intérêts, à cause de la fraude dont il a été victime (1310, C. civil). (Cass. 16 janv. 61. *SIR.* 61. 1. 310).

Un moyen préventif sera utile surtout au cas d'absence de dol. Rien n'empêche le Français, lorsqu'il contracte avec un étranger, ou, d'une façon générale, avec une personne quelconque, et lorsque l'acte est écrit, d'y faire insérer une déclaration par laquelle chacune des deux parties énonce quel est son état, quelle est sa capacité, d'après sa loi personnelle. Lorsque le Français aura

fait signer cette clause, la plupart des inconvénients pratiques seront évités. Si la déclaration est mensongère, si plus tard l'étranger vient invoquer une incapacité particulière, le Français pourra lui opposer la clause (1).

Indiquons subsidiairement un dernier remède plus douteux. Certains auteurs disent : on appliquera la maxime du droit romain : *Error communis facit jus*. On se trouve, par exemple, en présence d'un étranger établi, depuis de longues années, en France, il est considéré comme honnête et passe pour être capable. Il n'est pas recevable à un moment donné, à venir révéler une incapacité particulière dont personne ne se doutait. La réputation commune qu'il avait lui donnait une possession d'état, il a une capacité pleine et entière.

Tels sont les seuls moyens de mettre l'intérêt des nationaux à l'abri des atteintes auxquelles il est exposé par suite d'une ignorance souvent excusable du droit régissant l'étranger qu'on rencontre sur le territoire.

Opinion de la jurisprudence. — C'est en se préoccupant du désir de restituer les Français contre la lésion de leurs intérêts que la jurisprudence a appliqué en maintes circonstances la loi territoriale (2). Les tribunaux ont fait un peu l'œuvre du législateur dont le devoir est de protéger le national partout où il se trouve.

(1) Pour remédier à l'inconvénient qui, il faut bien le reconnaître, en théorie législative, résulte pour les tiers de l'application du statut personnel de l'étranger, l'art. 15 des dispositions préliminaires du projet de C. civil belge, préparé par M. Laurent, contient cette disposition à l'abri de toute critique. « L'étranger, qui contracte en Belgique, doit déclarer son statut personnel, et, s'il y a lieu, l'incapacité dont il est frappé. S'il ne fait pas cette déclaration, les tiers qui traitent avec lui pourront demander l'application du statut belge, pourvu qu'ils soient de bonne foi. »

On donne satisfaction à l'intérêt des tiers.

(La matière des statuts est exposée par M. Laurent dans cet avant-projet, auquel nous faisons allusion, avec une entière indépendance de la tradition).

(2) Paris, 15 mars 1831. S. 1831. 2. 337. Bourges, 26 mai 1858. Dal. 58. 2. 178. Cass. 16 janv. 61. Sir 61. 1. 310.

La Cour de cassation se montre très large par rapport aux exceptions qu'il convient d'apporter au principe de la personnalité : c'est ce qui ressort des motifs contenus dans un arrêt du 16 janvier 1861, « attendu que si le statut personnel, dont la loi civile française assure les effets aux Français résidant en pays étranger, peut, par réciprocité, être invoqué par les étrangers résidant en France, il convient d'apporter à l'application du statut étranger des *restrictions* et des *tempéraments* sans lesquels il y aurait danger incessant d'erreur ou de surprise au préjudice des Français : — Que le Français ne peut être tenu de connaître les lois des diverses nations et leurs dispositions concernant notamment la minorité, la majorité, l'étendue des engagements qui peuvent être pris par les étrangers, dans la mesure de leur capacité civile : — Qu'il suffit alors, pour la validité du contrat, que le Français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi. »

La Cour de cassation, (Cass. 13 jany. 1873. D. 73. 1. 297), a trouvé dans la violation du droit d'un Français un obstacle à l'application de la loi personnelle de l'étranger. Mais cette violation pourra-t-elle jamais avoir lieu ? Dans l'espèce de l'arrêt que nous citons, il s'agissait de savoir d'après quelle loi se règle la délation de la tutelle. La mère survivante, Française, se trouve-t-elle exclue de la tutelle légale de son enfant mineur Autrichien (la loi autrichienne n'admettant que la tutelle dative) ? Privons-nous, comme on l'a soutenu, la mère d'un droit, en décidant qu'il faut appliquer la loi personnelle de l'enfant ? Non, car ce prétendu droit ne naît même pas. (Consulter sur cet arrêt : Laurent t. 6, p. 85. — Fiore p. 660. Brocher. Cours de dr. int. pr. p. 354 et Rougelot de Lioncourt (Conflit des lois pers. fr. et étr. p. 256).

La théorie, contenue dans certains arrêts, équitable mais arbitraire, arrive au même résultat que si notre législation contenait des dispositions analogues à celles

que nous avons citées. (Législations autrichienne et prussienne). Nous ne critiquons la jurisprudence, qui défend l'intérêt des nationaux, que parce qu'il y a, en notre matière, un principe certain qui domine cet intérêt, et que nous ne trouvons aucun texte positif permettant de faire échec au principe (1). Seuls, l'intérêt du crédit et l'intérêt social sont assez graves pour motiver des restrictions. On peut regretter la pauvreté du code en dispositions de droit international privé, l'absence d'un texte qui protège les nationaux, surtout pour certaines matières éminemment favorables, excluant la possibilité de toute vérification antérieure. Il ne faut pas s'étonner de trouver, dans quelques législations, des dispositions de ce genre. Les nations sont et doivent être naturellement égoïstes, chercher par tous les moyens à protéger leurs nationaux ; c'est l'intérêt bien entendu de chaque Etat. Toutefois ces dispositions sont plutôt dangereuses ; elles appellent le droit de rétorsion.

Nous poserons donc le principe de la personnalité d'une manière absolue, sans nous préoccuper de la lésion d'un simple intérêt. Dans l'état actuel de la législation, on ne peut que prévenir ou diminuer les dangers résultant de l'application de la loi étrangère. Il faut y remédier non par des motifs d'utilité, mais quand on pourra invoquer une raison de droit, par exemple quand l'étranger aura commis un dol. Il faut en effet respecter une règle posée sans restriction et ne pas substituer à une question de principes une question de fait ; il faut se rendre aussi au besoin de l'identité permanente de la personne.

(1) Citons encore un arrêt de la Cour de Paris, du 8 février 1883. (SIREY, année 83, 2, p. 109. La Cour laisse de côté les considérations juridiques et s'efforce de relever une circonstance d'intention frauduleuse, à la charge du mineur étranger qui demande la nullité de ses engagements.

D'ailleurs la théorie que nous avons combattue sauvegarde-t-elle toujours entièrement l'intérêt des nationaux ? Non, car le droit acquis peut ne pas être reconnu au national dans le pays de l'étranger.

Notre conclusion, c'est que les magistrats français doivent exiger la preuve pleine et entière des dispositions de la loi personnelle, et veiller à ce que celle-ci soit appliquée dans toutes ses dispositions. Voilà seulement comment la souveraineté territoriale doit protéger ses propres nationaux. On ne peut admettre au nom de l'équité, au nom de l'intérêt, une protection plus étendue.

CHAPITRE III

PORTÉE DU PRINCIPE DE LA PERSONNALITÉ. INFLUENCE DE LA LOI D'ORIGINE ET DE LA LOI DU DOMICILE SUR LA CAPACITÉ DES PERSONNES.

— Nous avons vu que la loi, dans l'art. 3, contient implicitement cette proposition générale : Les lois sur l'état et la capacité de la personne la suivent partout où elle se trouve. Quelles sont ces lois ? Qu'est-ce qui détermine le principe de la personnalité ? Quelle est cette législation fondamentale qui est l'ombre de l'être juridique et le suit toujours ? Il faut choisir entre deux principes : ou c'est la loi du domicile de la personne qui constitue la base du statut personnel, ou c'est la loi de la nationalité.

SYSTÈME DU DOMICILE. — D'après un premier système, suivi par un grand nombre d'auteurs, en Allemagne, en Angleterre, en Autriche, et consacré législativement par les codes autrichien et prussien, on décide que la loi personnelle doit être déterminée d'après le domicile. En

France, cette opinion est enseignée par M. Demangeat, (1) (notes sur le traité de droit international privé de Fœlix). Nous avons vu la doctrine romaine sur le domicile et l'origine; c'est là que la controverse actuelle au sujet du domicile et de la nationalité, comme base de l'état et de la capacité des personnes, a pris naissance.

Les partisans du système du domicile invoquent les arguments suivants :

I. La tradition historique entière est formelle et unanime dans ce sens : c'est elle qui a établi la théorie des statuts; s'il s'agit de déterminer la base du statut personnel, tous les auteurs s'accordent pour dire qu'il faut suivre la loi du domicile.

II. Cette opinion est conforme à la raison, dit-on. On conçoit parfaitement que ce soit le domicile qui détermine les conditions de l'état et de la capacité. La personne est attachée au domicile par des liens multiples. L'établissement principal est le centre autour duquel rayonne toute la vie juridique de l'individu. Là se réunissent et atteignent leur plus grande action toutes les relations et rapports qui peuvent être de nature à altérer essentiellement l'état juridique de la personne; elle y a ses intérêts, elle y contracte ses habitudes; le domicile réagit sur elle à la fois physiquement et moralement.

III. On ajoute : le lien créé par le domicile est un

(1) Fœlix confond les expressions : lieu du domicile de l'individu et « territoire de sa nation ou patrie. » (Traité I, Nos 27 et s.). La difficulté ne peut naître. Nous trouvons, dans deux arrêts, une affirmation d'identité entre la nationalité et le domicile : (Cour de Bordeaux, 2 juin, 75. Journal, an 76, p. 182. (Lorsqu'un Français épouse hors de France une étrangère sans faire de contrat de mariage, c'est la nationalité du mari et par conséquent la loi de son domicile qui détermine, pendant tout le cours de l'union conjugale, le régime); et Rennes 26 décembre 79, journal 80, p. 105. (En principe, le défendeur dans une contestation personnelle et mobilière ne peut être assigné que devant le juge de son domicile, c'est-à-dire devant les tribunaux de sa nationalité).

lien volontaire; ce n'est pas comme tant d'autres rapports juridiques quelque chose de forcé, d'accidentel qui provient de circonstances auxquelles la volonté de la personne est étrangère. Il constitue une relation juridique que la personne a choisie elle-même. On conçoit qu'en raison la loi du domicile soit préférée à toute autre.

IV. Pour prouver enfin que cette opinion est conforme aux textes, on invoque les articles 3 et 13 du C. Civil. Les lois sur l'état et la capacité régissent les Français, même résidant en pays étranger (art. 3,). Une condition d'après la loi est nécessaire : il faut que le Français réside à l'étranger, sans qu'il y soit domicilié ; alors seulement il y a extension de la loi française. L'article 13 confirme cette appréciation ; il dit que l'étranger jouit en France des droits civils, lorsqu'il a obtenu l'autorisation d'y fixer son domicile ; la jouissance des droits privés dépend du domicile, qui détermine si un individu doit jouir de tel droit et dans quelle mesure.

V. On a aussi invoqué l'intérêt pratique. Il est reconnu que les tiers peuvent être facilement induits en erreur sur l'état et la capacité d'une personne, que le principe de la personnalité peut amener des inconvénients. Or, en prenant comme critérium la loi du domicile, on rend les chances d'erreur moins grandes, les tiers sont moins facilement trompés : car le domicile est un élément facile à constater. Pour peu qu'on s'enquière où il est établi, on trouvera la loi qui doit régir la personne, on saura quel est son état, quelle est l'étendue de sa capacité.

SYSTÈME DE LA NATIONALITÉ. — Le système du domicile n'est pas celui du législateur français. Le statut personnel se détermine d'après la nationalité ; c'est, d'après nous, l'opinion conforme aux véritables principes.

On prétend tirer une raison victorieuse de l'unanimité qui règne en faveur du domicile comme base du statut

personnel, chez les anciens auteurs; nous ne contestons pas l'opinion des anciens auteurs, fondateurs de la théorie des statuts. Le domicile était le criterium admis; cela est vrai; seulement remarquons que cet argument perd toute espèce de valeur, dans le droit actuel. L'ancien droit, en résolvant cette question, la plaçait dans une hypothèse différente. Les théoriciens de l'ancien droit choisissaient le domicile; il leur était impossible de choisir un autre élément.

Dans quels cas en effet y avait-il lieu à conflit? L'hypothèse que les jurisconsultes avaient principalement en vue était le conflit entre coutumes françaises de l'Est et de l'Ouest, du Nord et du Midi; il n'y avait pas entre les personnes en présence des différences de nationalité. Les questions en litige étaient déterminées par un ensemble de considérations, qui appartenaient réellement, si l'on veut, au droit international privé, quoiqu'elles n'eussent rien d'international. Il existait un système de droit international privé, au XVII^e siècle, dans les provinces françaises *inter se*; voilà ce qu'on peut dire. Mais il n'y avait qu'une seule souveraineté nationale; il ne s'élevait donc pas entre elles de questions internationales proprement dites; l'élément de nationalité manquait. Il n'y avait que des différences de domicile. Par une conséquence logique et naturelle, la question de nationalité ne surgissant pas, il fallait résoudre le conflit d'après la loi du domicile. C'est ce que les jurisconsultes faisaient et ils ne pouvaient faire autrement.

Du reste plusieurs auteurs, notamment au XVIII^e siècle, lorsqu'ils agitaient cette question, se préoccupaient non du domicile actuel de la personne dont l'état, la capacité étaient en litige, mais du domicile d'origine. Ainsi, Boullenois dit (1) : « Quelle coutume doit déterminer

(1) BOULLENOIS. Traité de la personnalité. Tit. I. Ch. 2 obs. IV, p. 53.

la majorité ou la minorité ? Sur cette question il ne peut y avoir de combat qu'entre la coutume du domicile actuel et celle du jour de la naissance. Dans mes Dissertations mixtes, j'ai fait voir que c'était le domicile des père et mère, au jour de la naissance, qui devait l'emporter, parce que la loi acquérait sur un enfant qui naît de parents domiciliés dans l'étendue de son territoire un droit de veiller pour lui-même, et que ce droit de protection la met en état de suivre l'enfant partout où il peut aller. Le lieu de la naissance imprime certainement dans le sujet une note indélébile. »

Quelle différence y a-t-il entre le domicile d'origine et la nationalité ? Souvent, pour ne pas dire presque toujours, les deux choses se confondent. Le domicile d'origine détermine la nationalité et réciproquement.

On objecte que le domicile doit être choisi préférentiellement à toute autre notion, parce que c'est un lien volontaire. Mais précisément parce qu'il est un lien volontaire, il est aussi un lien dépendant de l'intérêt qui est variable, flottant de sa nature. La nationalité est quelque chose de stable, elle ne dépend pas absolument de la volonté de la partie ; pour en changer, il faut remplir des conditions plus considérables que pour changer de domicile. Entre ces deux éléments, l'un indécis, l'autre stable, lequel choisir ? Référons-nous en à l'élément le plus solide ; l'état, la capacité d'une personne doivent avant tout être certains, déterminés, positifs. Quel avantage réel y a-t-il, pour la stabilité et la sûreté des rapports internationaux, à ce que l'individu soit censé vivre, pour ainsi dire, sans qualité nationale ? Dès qu'un Etat existe, il imprime un signe particulier à chacun de ceux qui le composent, et chacun d'eux se rattache à lui par le lien juridique de la nationalité.

Il n'est pas exact de dire que le domicile crée entre

une personne et le lieu où elle est établie des rapports plus étroits que la nationalité. Celle-ci influe plus que le domicile sur le caractère et les mœurs de la personne. C'est elle qui crée et détermine l'aptitude morale et physique d'où dépendent l'état et la capacité de l'individu; l'originalité persiste malgré le séjour en pays étranger.

L'article 13, qu'on objecte, est étranger à la question qui nous préoccupe. Pour bien interpréter la volonté du législateur, il faut toujours se demander quel est l'objet de la disposition. Si on transporte une exception d'un objet dans un autre, on arrive à faire dire au législateur autre chose que ce qu'il a voulu dire. L'objet direct de l'article est d'annoncer que l'étranger, pour jouir en France des droits civils, a besoin d'une autorisation. L'idée principale que le législateur a en vue, c'est la jouissance des droits civils. A-t-il en vue une question de domicile, de statut personnel? Non, il se contente de mettre une condition, celle de l'autorisation, à la jouissance des droits civils. L'article 13 décide non pas qu'il faut être domicilié, mais qu'il faut être autorisé. La question de savoir par quelle loi sont réglementés les droits est réservée.

Quant à l'argument tiré du mot : résidant, employé par le législateur dans l'art. 3, il a peu de valeur : cette expression n'est pas synonyme de domicile; le législateur n'a pas voulu dire que le Français, pour être suivi à l'étranger par sa loi d'origine, doit nécessairement y être domicilié.

S'il s'est servi du mot résidant, c'est d'abord parce qu'il voulait désigner tous les Français qui pouvaient se trouver soit accidentellement, soit d'une façon permanente sur le territoire étranger. Ce mot avait l'avantage d'englober tout le monde. S'il avait employé le mot domicile, la disposition de l'article ne pouvait saisir les Français en voyage. Le législateur veut aussi s'appuyer

sur la permanence du statut personnel, persistant partout, nonobstant les liens qui attachent le Français au sol étranger, même lorsque le Français s'est établi plus ou moins définitivement sur ce sol. Malgré ce lien qui le rattache à la souveraineté étrangère, il est toujours soumis à sa loi nationale.

On invoque l'intérêt des tiers. Mais tout dépendra des circonstances : il y aura des espèces où il sera plus facile de reconnaître le domicile que la nationalité, d'autres espèces où le contraire aura lieu ; il y a des cas où l'établissement du domicile est aussi difficile à préciser que la détermination de la nationalité.

Tels sont les arguments négatifs à l'appui du système de la nationalité. Quels sont les arguments positifs ?

I. — Déjà, en droit romain, un individu pouvant appartenir à une ville par la naissance ou par le domicile, lorsqu'on voulait déterminer le droit local qui lui était applicable, on préférait le droit de la ville à laquelle il appartenait par la naissance : d'après M. de Savigny, la loi locale par laquelle était régi un individu, ayant le droit de citoyenneté et de domicile en différentes villes, était déterminée par la citoyenneté.

II. — Un argument peut être tiré de la nature même des choses et des éléments du statut personnel. Ce statut se compose des règles qui déterminent l'état et la capacité de la personne. Cet état, cette capacité dépendent de certaines circonstances physiques ou morales, intellectuelles, politiques ; le climat exerce une influence considérable. Ainsi la puberté, la majorité dépendent de circonstances physiques, morales. Ces circonstances, à leur tour, d'où dépendent-elles ? Quelle est leur raison d'être, leur origine ? Ce n'est pas le domicile. C'est la nationalité qui détermine les aptitudes physiques de telle personne, comme ses aptitudes morales, intellectuelles. Les circonstances

morales déterminent, suivant l'appréciation du législateur, l'état et la capacité.

III. La nationalité est quelque chose de fixe, de certain, tandis que le domicile est variable et soumis aux caprices de la personne. Or, dans notre matière, il convient que l'état et la capacité soient aussi stables que possible et ne dépendent pas de la volonté des parties. C'est pour empêcher la mobilité de l'état et de la capacité que les anciens auteurs ont créé la théorie du statut personnel. Cette raison qui détermine la nécessité du statut personnel s'applique ici. Il est impossible qu'une personne, en changeant de domicile, par une simple déclaration, puisse ainsi modifier sa capacité. Cela est d'autant plus vrai, que les partisans du domicile ne s'entendent guère sur le sens exact de cette expression. Deux endroits au moins pourraient être choisis. Faut-il se déterminer d'après le domicile d'origine ou d'après le domicile actuel? Sur ce point il y a des divisions. Si on admet le domicile d'origine, autant admettre la nationalité, qui, le plus souvent, se confond avec lui et repose sur les mêmes éléments. De plus, n'est-il pas singulier de prendre comme base d'une théorie un domicile d'origine qui n'existe plus. Lorsqu'en effet le domicile actuel ne se confond pas avec le domicile d'origine, ces auteurs disent : c'est le domicile d'origine. Cette conclusion est bizarre; on arrive à perpétuer les effets d'un acte juridique qui n'existe plus, le domicile d'origine est éteint, effacé par le choix d'un domicile nouveau. On ne doit plus suivre la loi d'un pays avec lequel on a rompu toute espèce de liens.

IV. L'intérêt pratique est bien dans le sens de notre opinion. Le système contraire amène des inconvénients d'autant plus grands qu'ils retomberont le plus souvent sur les personnes que le législateur se charge de protéger. Le domicile d'un incapable dépend de celui de son repré-

sentant légal. Avec le système que nous combattons, on arrive à donner à ce représentant, (tuteur ou père, etc.) la faculté de modifier, comme il lui plaît, sa propre condition, et la capacité du mineur qu'il est chargé de protéger. Chaque fois qu'il plaira à ce tuteur de changer de domicile, en même temps changeront l'état, la capacité des personnes placées en sa puissance; un mari, en changeant de domicile, pourra acquérir une autorité plus grande sur les biens et la personne de sa femme. Une pareille conséquence est inadmissible. L'état et la capacité d'une personne ne doivent dépendre ni de la volonté d'un tiers, ni de la volonté de cette personne; ils sont déterminés par la loi.

V. Enfin on ne donne pas partout le même sens au mot domicile. Il y a des pays où la notion en est confuse et inexacte; on ne peut en faire la base de l'application de la loi au point de vue international. En Suisse, par exemple, le législateur confond constamment les règles civiles en matière d'établissement avec les simples règles de police, sur les nouveaux arrivés, et considère comme domiciliés une foule de résidents plus ou moins temporaires, dont le séjour manque de l'élément essentiel de l'intention.

Telle est notre conclusion. Il faut rechercher à quelle souveraineté appartient la personne.

Il y a des espèces particulières qui peuvent donner lieu à de grandes difficultés. Il peut arriver qu'un individu ait en même temps, à un moment donné, plusieurs nationalités, ou, au moment où se pose la question, n'appartienne à aucune nationalité; il peut y avoir en un mot des doubles emplois ou des lacunes. Dans les deux cas comment déterminer le statut personnel ?

Hypothèse d'une double nationalité. — Examinons la première espèce de conflits. Nous avons l'embaras du choix; le statut personnel paraît dépendre de l'application de

plusieurs lois contradictoires. L'hypothèse de deux nationalités sur une seule tête peut se présenter assez souvent.

Deux lois peuvent revendiquer en même temps le même individu. Cette anomalie a pour cause la diversité des principes admis par les différentes législations pour résoudre cette question : comment se détermine la nationalité? Ainsi, des pays attribuent la nationalité *jure soli*. D'un autre côté le principe de l'unité de la famille a prévalu dans certaines législations (Suisse, Allemagne (loi du 1^{er} juin 1870), Italie (art. 11 § 4), tandis qu'en France on n'admet pas le principe de l'indivisibilité nationale du foyer domestique (1).

a) Les enfants mineurs d'un Français naturalisé Italien, acquièrent la nationalité italienne sans cesser d'être Français.

b) En France, est Français tout individu né même sur un territoire étranger de parents français; en Angleterre, le principe du *jus soli* est encore admis. Tout individu né sur le sol anglais est Anglais, quelle que soit la nationalité des parents. L'enfant né en Angleterre de parents français a une double nationalité.

c) Un individu dépouille sa nationalité d'origine; la loi de son pays lui défend de se faire naturaliser, elle proclame le principe de l'allégeance perpétuelle, la qualité de citoyen y est indélébile. Ici encore nous sommes en présence de deux nationalités (2).

Comment déterminer le statut personnel?

D'après Gluck, jurisconsulte allemand, il faut appliquer la loi qui donnera à l'acte sa validité la plus sûre, ses effets les plus étendus. Cette distinction arbitraire ne repose sur aucune autre raison que celle de l'utilité. En favorisant avant tout la

(1) Une convention a été conclue entre la France et la Suisse, le 23 Juillet 79 à l'effet de régulariser la situation des enfants des Français naturalisés Suisses. (Journal du dr. int. pr. an. 80, p. 613). Elle a mis fin à de nombreux conflits (service militaire).

(2) Voir un arrêt intéressant. Tr. civil de Genève, 26 décembre 79. Journal. année 80, p. 403.

validité de l'acte, ce système arrive à favoriser les capables au détriment des incapables, à empêcher ces derniers de faire valoir les causes de protection énoncées par le législateur, à transformer complètement le caractère de la législation.

Un deuxième système recherche, dans ce conflit, la nationalité d'origine et écarte les autres nationalités acquises postérieurement.

Cette distinction est arbitraire. Pourquoi choisir la première nationalité ? De plus elle n'est pas conforme à la nature des choses ; car la nationalité d'origine sera le plus souvent accidentelle. La nationalité, acquise postérieurement par un acte de la volonté de l'individu, sera plus conforme aux habitudes qu'il aura contractées, aux mœurs qu'il aura adoptées, aux intérêts qu'il aura acquis.

Des horizons multiples peuvent se présenter à nous. — Comment résoudre le conflit lorsqu'il s'élève précisément entre plusieurs nationalités d'origine ? Un individu est né en Angleterre de parents Français. La nationalité anglaise et la nationalité française sont deux nationalités d'origine.

Il faut, d'après nous, faire une distinction.

A. — Mettons à part le cas où le conflit surgit dans l'un des deux pays auxquels l'individu appartient. La question de savoir quel est son statut personnel se pose soit en France, soit en Angleterre. La réponse est simple : Le juge du lieu où le procès se produit doit appliquer la loi de son pays ; il doit traiter l'individu, sujet du procès, comme son compatriote, lui attribuer le statut personnel déterminé par la loi nationale. En effet, le juge doit toujours appliquer la volonté du législateur, celle-ci s'impose à son appréciation ; il doit conformer son jugement au texte de la loi. Or, ici, il se trouve en présence d'un principe formel énoncé par le législateur : droit de naissance, s'il s'agit de la législation française ; droit du

sol, s'il s'agit de la législation anglaise. Il ne lui est pas permis de substituer à cette volonté d'autres principes; il doit faire abstraction des principes différents énoncés par la législation étrangère qui, pour lui, est lettre morte. En préférant à la loi française la loi étrangère, il commettrait une véritable forfaiture.

B. — Supposons que le litige se produit en un pays tiers (autre que ceux auxquels l'individu est présumé appartenir). L'individu, né en Angleterre de parents français, a un procès en Belgique. Quelle est sa nationalité? Quel est son statut personnel? Le juge belge doit se trouver bien embarrassé. Il n'y a pas ici de devoir de fonction qui l'oblige à appliquer l'une des deux législations. Nous croyons qu'il faut préférer la nationalité que l'individu a confirmée par sa volonté, celle qu'il a réellement choisie. Quel sera le *criterium* qui servira à apprécier cette volonté et à déterminer ce choix? C'est le domicile. Du moment où un individu s'est établi dans un pays dont il est le national, il est à présumer qu'il a abdiqué les nationalités autres qu'on prétendrait lui attribuer.

Il nous reste à prouver le principe : la vraie raison, c'est qu'il est de règle, en droit international, qu'après la naissance, la nationalité dépend de la volonté. Tous les pays admettent la naturalisation, la possibilité de renoncer à la nationalité d'origine et d'en adopter une nouvelle; ils reconnaissent que la nationalité est un fait volontaire après la naissance; si l'individu se fait naturaliser, le fait volontaire s'affirme. il est évident qu'il est plus conforme à la nature des êtres juridiques de préférer un fait volontaire à un fait forcé, de choisir ce qui correspond à l'activité libre et intelligente de la personne; il faut préférer la nationalité choisie.

Il peut arriver que le domicile ne puisse pas servir de criterium parce qu'il ne concorde ni avec l'une ni

avec l'autre nationalité. L'individu, né en Angleterre de parents français, n'est domicilié ni en France ni en Angleterre, mais en Allemagne. L'embarras du juge sera encore plus grand. L'individu semble avoir abdiqué l'une et l'autre nationalité.

Nous croyons qu'il faut adopter la nationalité acquise en dernier lieu, et qui démontre clairement la volonté de répudier les nationalités antérieures. Le fait volontaire, effacé par une nouvelle volonté, doit être considéré comme n'existant plus; il faut choisir la nationalité récente.

Le conflit peut s'élever entre deux nationalités d'origine. Un Français est né en Angleterre de parents français.

Il faut alors se déterminer d'après la nationalité des parents. En effet la nationalité se compose d'aptitudes intellectuelles, physiques, morales qui formeront plus tard l'état, la capacité. Il est évident que l'hérédité a une influence considérable sur l'ensemble des aptitudes de la personne. Il est donc juste de recourir aux parents pour la détermination de la nationalité.

Les parents peuvent ne pas avoir la même nationalité. (En France, les effets de la naturalisation sont individuels. La femme d'un Français, naturalisé Italien, ne cesse pas d'être Française.) L'esprit des dispositions de notre code est que l'enfant suit la nationalité du père (1).

(1) Voir art. intéressant. (Revue du droit int., année 80, p. 313). Du droit de se prévaloir d'une double nationalité. Situation d'individus ballottés entre les devoirs de deux nationalités.

L'art. répond à deux questions distinctes :

L'individu peut-il exercer ses droits politiques simultanément dans les deux pays auxquels il se rattache ? Doit-il être admis à y exercer ses droits civils sans aucune réserve ?

Cette double nature, cette situation à double face fait penser à celle que nous avons examinée en droit romain. (Cumul d'origines, dualité de patrie).

Absence de nationalité. — Il reste à résoudre la question inverse : L'individu, en présence duquel on se trouve, n'a pas de nationalité. Cette situation anormale peut se présenter notamment dans deux hypothèses :

1° Une personne, ayant eu une nationalité, l'a perdue, sans en acquérir une nouvelle. Une Française épouse un Anglais (1)... (La femme anglaise qui épouse un Français a deux nationalités) (2).

2° Un individu n'a aucune nationalité ; on ne peut la découvrir ; elle reste inconnue.

Dans ces cas, il faut choisir la loi du domicile. En effet, la nationalité et le domicile sont les deux moyens de se déterminer ; il n'y a pas d'autre criterium. La nationalité nous échappe ; il est juste que nous en revenions à l'autre moyen. Pourquoi, dira-t-on, ne pas se déterminer d'après la nationalité d'origine, au moins dans la première hypothèse ? Il vaut mieux suivre le domicile, parce que c'est un fait juridique qui existe encore actuellement ; on conçoit qu'il produise des effets. La nationalité d'origine répudiée a disparu : comment un fait juridique éteint pourrait-il, dans l'avenir, perpétuer des effets aussi considérables ?

*Influence du changement de domicile ou de nationalité
sur le statut personnel.*

— Une des nombreuses difficultés qu'a soulevées la détermination du statut personnel, par le domicile, n'est pas encore tranchée aujourd'hui. Le statut personnel change-t-il quand la personne change de domicile ?

(1) Depuis une loi anglaise de 1844, l'étrangère qui épouse un Anglais devient Anglaise.

(2) Avant l'acte de 1870.

Le désaccord régnait entre les écoles, entre les jurisconsultes d'une même école, et encore le même jurisconsulte (Merlin) (1), a professé successivement les deux opinions extrêmes sur la même question (statut de l'autorisation maritale), en invoquant en faveur de l'une, Bouhier, en faveur de l'autre, Boullenois. Les réalistes les plus logiques admettaient que celui qui change de domicile se soumettait en tout à la nouvelle loi territoriale (d'Argentré, Bourgoigne, Rodenburg et surtout Voet) (2).

Les partisans de la personnalité combattaient cette opinion : voulant rendre le statut personnel aussi peu mobile que possible, sans toutefois ruiner le principe traditionnel du domicile, ils tendaient d'une manière mitigée vers l'immutabilité de ce statut, malgré le changement du domicile. La loi du domicile d'origine conservait son empire dans beaucoup de cas. Le président Bouhier, reprenant une distinction proposée par Froland entre l'état universel, abstraction faite de toute réalité, et le statut qui règle l'habilité ou l'inhabilité spéciale, accordait à l'immutabilité tout ce qu'il était possible de lui donner (3). L'état général reste le même; le statut de minorité ne change pas avec le domicile. Froland ne se prononçait en faveur du domicile d'origine qu'en ce qui concerne la majorité.

Boullenois au contraire maintient la mutabilité comme

(1) MERLIN. Répertoire aux mots aut. marit., et effet rétro., Sect. X. N° 4. t. II, p. 241 et sect. III (§ 41. art. V) N° 3, t. X.

(2) D'ARGENTRÉ, sur la coutume de Bretagne. Art. 218.

BURGUNDUS. *Ad. consuetud. Flandriæ*. Tract. 11, N°s 5, 6, 7, 8.

RODENBURGH. *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*. Tit. 11, p. 2, ch. 1 « *Utique mutato domicilio, mutari et necesse est personæ conditionem.* »

VOET. *Ad pandectas*. IV, 4, 10 et V, 1, 101.

(3). Obs. sur la coutume du duché de Bourgogne. Ch. XXII. N°s 4 et suiv. — (Œuvres. T. II, p. 618).

FROLAND (Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts. T. I. p. 171.

règle : il propose une nouvelle distinction entre le statut de droit public général (la minorité) et le statut de droit public local (l'autorisation maritale) (1). Comme reconnaît-il qu'un statut est de droit public local ? Par la variété même qu'il revêt. Pour lui, le statut de l'autorisation maritale constitue un état, une condition plus subordonnés : ce n'est un droit public que pour une nation ou pour quelques provinces de cette nation. Pour Bouhier au contraire, il revêt le caractère d'immutabilité malgré le changement de domicile des époux.

On voit combien les divergences étaient grandes, combien les distinctions proposées étaient arbitraires. Même de nos jours la question n'est pas tranchée. Les partisans de la théorie du domicile s'efforcent d'échapper à la logique désastreuse qui voudrait que la condition change lorsque la personne change de domicile. M. de Savigny décide qu'il faut considérer en principe le domicile actuel ; toutefois, par une déviation du principe, il admet que la capacité peut être regardée comme un droit acquis, et il cite l'exemple suivant : Si un habitant des provinces Rhénanes établit domicile à Berlin, après qu'il est devenu majeur (21 ans, comme d'après notre Code), il reste majeur, bien que le Prussien reste mineur jusqu'à 23 ans (2). D'après lui, les dispositions favorables à la liberté ont force en dehors du territoire pour lequel elles ont été édictées ; il n'en est pas de même des dispositions restrictives. Cette distinction est loin de soustraire la personnalité juridique à toute mobilité.

Pour nous, qui nous rangeons au système de la nationalité, nous dirons que la loi personnelle réglant l'état et la capacité change pour l'avenir si la nationalité

(1). BOULLENOIS. Traité de la personnalité. T. II. p. 8, 20.

(2) DE SAVIGNY. Système. T. 8. § 365.

change. On ne peut considérer comme un droit acquis l'état ou la capacité. Les actes accomplis sous l'empire d'une capacité antérieure demeurent valables.

Les individus, *cives nullius civitatis*, dont la capacité est régie par la loi du pays où ils se trouvent, changeront de lois personnelles chaque fois qu'ils changeront de pays.

Quelle est, en Autriche et en Angleterre, l'influence du domicile sur la capacité des personnes ?

Nous avons vu que l'esprit certain de notre droit est qu'on doit rechercher la nationalité, et non le domicile, pour connaître la loi à appliquer : le fait de nationalité détermine le droit. Dans certains pays, on a choisi comme criterium le domicile : c'est par exemple la règle généralement admise en Angleterre.

Entre le système de nationalité et celui du domicile, semble se placer la double règle tracée par le code civil autrichien. §§ 4 et 34.

§ 34. — La capacité personnelle des étrangers relativement aux actes de la vie civile, doit, en général, être jugée d'après les lois qui sont en vigueur au lieu du domicile de l'étranger ou, à défaut d'un domicile réel, d'après les lois auxquelles l'étranger est soumis comme sujet en raison du lieu de naissance, à moins que les lois n'en aient ordonné autrement dans des cas particuliers. »

Le Code autrichien distingue donc entre le regnicole et le ressortissant d'un Etat étranger, quant à la source de leur statut personnel. L'Autrichien se trouvant en France reste soumis aux dispositions personnelles de sa patrie. Il n'y aurait pas conflit entre le système de la nationalité et celui du domicile, comme cela arriverait si on se trouvait en présence d'un Anglais domicilié en France.

Pour les étrangers en Autriche, les lois nationales ne trouvent pas nécessairement application. Leur condition civile se règle d'après les lois du domicile. Le § 34. semble formel en ce sens. Toutefois reconnaissons que la

question est discutée, et que plusieurs jurisconsultes autrichiens interprètent le § 34 comme n'établissant aucune distinction entre le ressortissant d'un Etat étranger et le regnicole. Pour le premier comme pour le second, les lois de la patrie trouvent leur application.

Législation anglaise. — Disons quelques mots de la législation anglaise. On applique généralement en Angleterre la loi du domicile : nous disons généralement, car on peut trouver des décisions de juges anglais faisant exception à cette loi. Nous verrons ci-après que la loi territoriale n'est plus admise d'une manière aussi absolue ; il est possible à cet égard, de constater un progrès dans la jurisprudence anglaise. Voyons les règles générales qui sont admises.

Il n'y a aucune règle fixe en Angleterre ou en Amérique ; le législateur ne s'est jamais formellement exprimé sur le statut personnel. Mais s'il n'y a pas de loi précise, il y a une jurisprudence qui établit des précédents devenus plus tard obligatoires : c'est une sorte de droit coutumier qui remplace la loi aux yeux du juge. Au milieu du conflit d'arrêts divers, nous distinguons trois règles principales se rapportant à notre sujet et que les jurisconsultes anglais font ressortir.

I. — On tient compte généralement de la condition de la personne d'après la loi du domicile, quand il s'agit d'apprécier la valeur des actes qu'elle fait dans le lieu de ce domicile et concernant les biens qui y sont situés. Si ces actes sont valables, dans ce lieu, ils seront regardés comme valables ailleurs ; s'ils sont nuls dans ce lieu, ils le seront partout. Des Français, domiciliés en Prusse, y ayant contracté à 22 ans, sont capables d'après la loi française, incapables d'après la loi prussienne ; d'après la jurisprudence anglaise, le contrat est nul ; la loi du lieu où il a été passé s'applique.

II. — Lorsqu'un acte est fait en dehors du domicile et sur des biens qui n'y sont pas situés, il faut suivre, en ce qui concerne la capacité de la personne, la loi du lieu où le fait juridique se consomme.

III. — Pour décider si une personne est majeure ou mineure, capable ou incapable, il faut suivre la *lex loci contractus aut actus*.

Nous ne dirons pas que cette doctrine est absolument opposée à l'application du statut personnel, ce serait une exagération. Il arrivera quelquefois qu'indirectement la jurisprudence anglaise donnera effet au statut personnel et arrivera, dans son application, à la même conséquence que celle qui dériverait de l'art. 3 du Code civil.

Si on suppose que la *lex loci contractus aut actus*, où le fait juridique se consomme, décide que la capacité du contractant doit s'apprécier d'après sa loi nationale, on arrive par un détour à appliquer les règles du statut personnel.

Des décisions ont été rendues en Angleterre, qui, bien qu'un peu isolées, sont une preuve que la jurisprudence anglaise incline davantage vers la reconnaissance du statut personnel.

Un mariage contracté par des Anglais dans un autre pays ne doit pas être réputé valide, si, en le contractant, ils violent les lois de leur pays. Un mariage célébré en Danemark entre Anglais, beau-frère et belle-sœur, a été annulé par une cour anglaise. La loi danoise admettait l'union.

Deux Portugais, cousins germains, domiciliés dans leur pays, contractent mariage à Londres. La loi portugaise prohibe un tel mariage sauf dispense du pape. Le mariage fut déclaré nul en Angleterre par la Cour d'appel (1). Il fut posé

(1) 28 Nov. 77. Journal du dr. int. pr. an 81, p. 195. V. aussi Journal. an 79, p. 201 et 522; an 81 p. 205, art. d'Alexander : Le mariage en droit international.

en principe que la capacité pour le mariage ne dépend pas de la loi du lieu où le mariage est contracté. Cette loi ne doit être observée que pour les formes et la solennité. Le statut personnel détermine la capacité des contractants. « Si les lois d'un pays interdisent aux sujets de cet État de contracter mariage à un certain degré de consanguinité, et considèrent de pareilles unions comme incestueuses, il résulte de ces dispositions législatives une incapacité personnelle pour les sujets de cet État, qui continue à les atteindre tant qu'ils sont domiciliés dans le pays où cette loi est en vigueur, et rend nul le mariage contracté entre deux personnes soumises à cette loi et domiciliées dans le pays où cette restriction est édictée, quel que soit l'endroit où l'union est célébrée. »

Cet heureux revirement n'est encore qu'une tendance et les décisions qui l'affirment sont exceptionnelles. En principe, on applique au mariage la loi du lieu où il est conclu, sans faire de distinction entre le fond et la forme; on attribue à la règle *locus regit actum* une portée qui ne peut pas être la sienne; elle est appliquée non-seulement aux formalités de la célébration, mais encore à des conditions de capacité qu'on traite comme des conditions de forme. Il a été jugé, en Angleterre (1), que le consentement des ascendants exigé par loi française, quant au mariage, ne constituait qu'une formalité, qu'un préliminaire devant être régi par la *lex loci actus*. C'était confondre les formalités qui constituent la forme extérieure et instrumentaire de l'acte avec celles qui déterminent les conditions de capacité ou d'aptitude pour faire valablement tel acte. Les règles suivantes posées par Westlake nous semblent contradictoires : — Quant au consentement des père et mère, aïeuls, tuteurs, conseil de famille ou autre, il faut qu'il soit satisfait à la *lex loci actus* (§ 14), il en est de même quant à la capacité absolue ou relative des parties contractant mariage (§ 15), et je crois, dit-il, que la tendance

(1) Journal du dr. int. pr. an. 79, p. 201 et 521.

qui prédomine dans la jurisprudence demande qu'il soit aussi satisfait au statut personnel de chacune des parties (§ 17). (Westlake, journal du dr. int. pr. an. 81. p. 312).

La loi française ressaisit-elle la question, lorsque la loi étrangère, dont celle-ci dépendait, renvoie, par exemple, à la loi du domicile, qui serait la loi française ?

Si nous supposons un Anglais domicilié en France, les tribunaux français doivent, dans une question de capacité, lui faire application de sa loi personnelle, de la loi anglaise ; mais si la loi anglaise renvoie à la loi du domicile, ils devront s'attacher à la loi française ; car, dans l'espèce, appliquer la loi française, c'est appliquer la loi anglaise, la loi personnelle de l'étranger. Toutefois la question est discutée. M. Laurent enseigne que la loi française ne devrait pas recevoir son application. Nous croyons notre opinion plus fondée.

Cette solution a été admise en Belgique notamment (1.) Les époux anglais, domiciliés en Belgique, sont soumis quant aux causes du divorce à la loi belge. On ne peut imposer à la loi étrangère une compétence que ses propres principes la conduisent à décliner. Nous avouons que cette solution pourra, dans certains cas, présenter des résultats bizarres ; la logique, la rigueur des principes nous forcent à la maintenir en dépit de nos tendances propres. Lorsque la loi française nous dit d'ouvrir le code étranger, il faut l'ouvrir tout-à-fait. Nous trouvons arbitraire la distinction d'après laquelle il faut consulter la loi étrangère pour y chercher le système applicable dans une question de capacité, ou un système successoral, ou un système matrimonial, etc., et ne pas considérer quel principe elle admet quant à la fixation de la loi applicable.

(1) C. d'appel. Bruxelles, 14 Mai 1881. (S. 81, 4, 41), comp. cass. 22 Février 1882. France judiciaire, année 82, p. 396.

CHAPITRE IV

EFFETS DU PRINCIPE DE LA PERSONNALITÉ

Le principe de la personnalité est un principe général aux conséquences larges.

1. Il s'applique à l'habilité ou à l'incapacité de la personne à faire certains actes.

Il décide non seulement que telle personne est majeure ou mineure, mais encore qu'étant mineure, elle ne peut aliéner sans remplir certaines formalités. Cette formule large a été contestée; notamment en Allemagne, Mittermaier et Wachter (1) ont prétendu qu'il fallait distinguer l'état abstrait, les qualifications juridiques de la personne en soi, et les effets juridiques de ces qualifications, les incapacités qui en résultent pour la personne. Ce sont seulement les qualifications qui se jugent d'après le droit local du domicile selon les uns, d'après la nationalité selon les autres. Un Allemand vient contracter sur le territoire français. Si la loi allemande déclare que l'individu est mineur, lorsqu'il s'agira d'examiner de quels actes ces mineurs sont capables, il faudra, d'après cette

(1) WACHTER. Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten (archiv. für die civilistische Praxis). T. XXVI, p. 163, 175, 184.

Sur la distinction proposée, voir Savigny : Système ... § 362.

opinion, examiner la loi française, d'après laquelle il faudra régler les conditions à remplir pour que l'individu puisse valablement accomplir tel acte. Tel est l'intérêt pratique considérable. Comment raisonne-t-on dans ce système ?

Les lois du statut personnel, comme le disaient d'Aguesseau (1) et les anciens auteurs, sont celles qui concernent directement, principalement la personne. Quelles sont les lois qui revêtent ce caractère ? Ce sont celles qui opèrent le classement des personnes dans l'ordre social, qui déterminent les catégories des individus par rapport à la capacité juridique ; c'est-à-dire surtout celles qui fixent l'état abstrait, qui déterminent les majeurs, les mineurs, etc. Il n'y a dans de pareilles lois aucun mélange de choses, aucune allusion au statut réel. C'est une détermination personnelle, *citra mixturam rerum*. Au contraire, s'il s'agit de voir les capacités en mouvement, s'il s'agit de la faculté de faire tel acte juridique, alors l'élément personnel n'est plus seul, n'est plus intact ; à côté de la personne, on voit surgir le bien, objet de l'action. S'il s'agit d'un mineur, incapable d'aliéner, on voit à côté de l'acte poindre l'immeuble, objet de l'aliénation. Il ne s'agit plus, à proprement parler, du statut personnel ; il y a un élément réel. Dès qu'il s'agit de choses, il faut appliquer le principe de la territorialité. En effet la souveraineté territoriale a pour mission de régler la disposition, la conservation des biens qui se trouvent sur le territoire ; elle ne peut sur ce point admettre l'application d'une loi étrangère, ce serait forfaire à sa mission.

Ce système, enseigné en Allemagne, n'a pas eu beaucoup de succès en pratique. Il est repoussé par la jurisprudence.

(1) D'AGUESSEAU. 54^e plaidoyer.

La distinction entre l'état abstrait de la personne et la capacité ne repose sur aucun fondement, est même absolument irrationnelle. La loi est avant tout une œuvre pratique; le législateur déclare ce qui est droit, juste, non au point de vue abstrait, mais en vue de la vie réelle. Lorsque la loi déclare que tel individu est capable ou incapable, ce n'est pas pour le plaisir de poser un principe abstrait, c'est en vue de l'exercice de l'activité de cette personne. En déclarant que cet exercice sera limité dans telles bornes, le législateur n'entend pas faire une pure classification. S'il classe les êtres, c'est au point de vue de l'activité vivante et agissante.

Il ne suffit pas de dire que le statut personnel comprend les lois qui concernent le classement des individus dans la société; il comprend encore autre chose de toute nécessité: car le classement fait par le législateur n'est pas purement spéculatif; il est fait par la loi dans un intérêt social, dans un intérêt privé, en vue des actes que ces individus pourront ou ne pourront pas faire.

La distinction, dont il s'agit, est formellement repoussée par le code. Le législateur ne s'est pas contenté de dire dans l'art. 3: Les lois sur l'état; il a ajouté le mot: capacité. Cette capacité, c'est l'état en action, l'activité de la personne, se dépensant en certains actes, conformément aux limites introduites par le législateur.

II. — *Le principe de la personnalité s'applique, non-seulement aux incapacités et aux capacités générales, mais encore aux incapacités et aux capacités spéciales* (1).

(1) D'après Fœlix, le statut personnel est une loi dont les dispositions affectent directement et uniquement l'état de la personne, c'est-à-dire l'universalité de sa condition, de sa capacité ou incapacité de procéder aux actes de la vie civile. — Les statuts réels sont les lois qui ont les choses pour objet principal, qui les affectent directement, qui en permettent ou qui en défendent la disposition sans avoir aucun rapport à l'état ou à la capacité générale de la personne, si ce n'est d'une manière incidente ou accessoire et par voie de conséquence. I. Nos 19 et s.

Quelle est exactement l'hypothèse où la question se pose ? La loi établit certaines catégories d'individus, qui sont les uns capables, les autres incapables. Tout individu mineur est incapable ; l'incapacité, qui est ici la règle, est pour le mineur la conséquence légale de son âge. Il arrive que le législateur déroge lui-même à la règle générale. Par exemple, un individu qui, d'une façon générale, est capable, voit sa capacité restreinte par rapport à tel acte particulier. La femme majeure est pleinement capable, lorsqu'elle n'est pas mariée. Cependant l'article 113 du C. de Com. dit que la femme majeure, même non mariée, ne peut valablement signer une lettre de change, lorsqu'elle n'est pas commerçante : c'est une incapacité spéciale qui vient déroger à l'état général de la femme majeure non mariée. A l'inverse, il y a des individus qui, d'une façon générale, sont frappés d'incapacité. Le mineur, incapable, ne peut disposer de ses biens pas plus à titre onéreux qu'à titre gratuit. Il ne devrait pas plus être capable de faire un testament qu'une donation. Cependant, l'art. 904 donne au mineur, âgé de seize ans, la faculté de disposer par testament de la moitié des biens, dont la loi permet au majeur de disposer. C'est une capacité spéciale qui déroge à l'état général de la personne, incapable, selon le droit commun, pour tous les autres actes.

Le principe de la personnalité s'étend-il à ces incapacités spéciales ?

Si on décide que l'article 113 du Code de commerce pose une règle du statut personnel, la femme étrangère, dont la loi nationale n'édicte pas la même incapacité, ne pourra pas l'invoquer en France. A l'inverse, si l'article 904 du Code civil est du statut personnel, le mineur étranger, dont la loi nationale ne fait pas d'exception à l'incapacité générale, en ce qui concerne

le testament, ne pourra pas, s'il fait, en France, un testament, par lequel il lègue la moitié des biens qui composent sa fortune, se prévaloir de cet article, les légataires ne pourront pas l'invoquer ; ce mineur étranger est soumis à la loi nationale.

— La question a été autrefois très vivement controversée. Nous y avons fait allusion dans notre étude historique.

Aujourd'hui nous déciderons que les incapacités ou les capacités spéciales ne peuvent pas être invoquées par ou contre les étrangers, dont les lois nationales ne contiennent pas des dispositions semblables. La loi, en effet, ne distingue pas ; l'art. 3, absolument général dans sa formule, parle de toutes les lois sur l'état et la capacité ; or il s'agit ici de telles lois, puisqu'il est question de dispositions spéciales, restreignant ou augmentant une capacité, de modifications de la possibilité d'agir d'une personne dans le monde juridique.

La tradition historique a ici une autorité prépondérante ; le législateur a entendu se référer au dernier état de la jurisprudence ancienne. Or, au XVIII^e siècle, alors que les partisans de la personnalité l'avaient emporté sur ceux de la réalité, les jurisconsultes et les parlements s'accordaient pour dire que les incapacités spéciales étaient du statut personnel. C'était l'opinion enseignée par Bouhier. Boullenois, qui, dans sa Dissertation sur les questions mixtes (1), professe l'opinion contraire, en se prononçant pour la réalité des statuts qui établissent une incapacité particulière, revient sur sa décision, dans son traité des statuts (2). Il n'est pas nécessaire, d'après lui, pour que le statut soit personnel, qu'il règle l'état uni-

(1) BOULLENOIS. Dissert. sur les questions mixtes, t. I, p. 23.

(2) Traité de la personnalité et de la réalité. T. I, p. 181, 187.

versel. Il pose des distinctions subtiles (statuts particuliers purs personnels et statuts particuliers personnels réels), pour arriver, en définitive, à admettre le principe de la personnalité, en ce qui concerne les incapacités spéciales : « Je ne conviens pas, dit-il, du principe qu'une capacité particulière accordée contre l'état général de la personne opère la réalité du statut qui accorde cette capacité, » (1) et ailleurs : « nous disons qu'un statut est personnel, lorsqu'il imprime à la personne un certain état de capacité ou incapacité personnelle, lorsqu'il donne à la personne les facultés nécessaires pour le commerce de la vie civile ou lorsqu'il les lui ôte en tout ou en partie. » (2)

A cette théorie, on a fait les objections suivantes :

Les incapacités spéciales n'ont pas pour objet la protection de la personne ; elles ont en vue les biens. Le législateur veut rendre certains biens indisponibles, les retirer des mains de personnes qui pourraient abuser de la faculté de libre disposition. C'est pour éviter la dilapidation des patrimoines qu'il a édicté les incapacités spéciales, et notamment qu'il a fait les articles 904, 908, 909, C. civil. Ce sont des dispositions du statut réel, visant spécialement les biens. On paralyse le droit de disposition, pour conserver les biens dans la famille (908, 909).

Nous pouvons répondre en citant un jurisconsulte, dont les œuvres avaient une grande autorité, PRÉVOT DE LA JANNÈS (3) : « lorsque la coutume de Paris, après avoir permis à tous ses citoyens de disposer par testament de leurs acquêts, vient ensuite à défendre aux maris d'en

(1) BOULLENOIS. Ch. XXIV, p. 685. XCIX.

(2) BOULLENOIS. T. I. Ch. 2. Obs. 2, 3.

(3) PRÉVOT DE LA JANNÈS, 3^e Disc. de la dist. des statuts réels et pers. règle IX.

disposer au profit de leurs femmes, le mineur au profit de son tuteur, le malade, de son médecin, le motif de la loi n'est pas d'affecter et d'assurer ces biens à la famille; c'est une incapacité spéciale que la loi, dans ces cas, a eu dessein d'attacher à ces personnes par des raisons tirées de leur qualité et des vues particulières pour elles, incapacité qui, leur étant personnelle, les suit partout, et de quelques biens qu'elles veuillent disposer; par conséquent ces statuts sont vraiment personnels. »

On a fait une autre objection : les incapacités spéciales ne sont, en définitive, que des dérogations à l'état général de la personne. Une disposition particulière de la loi déroge au droit commun. Un individu, ordinairement capable, sera incapable dans tel cas spécial. On ne peut pas étendre ces incapacités; or, ne pas les étendre, c'est rentrer dans le droit commun, c'est appliquer le principe général de stricte interprétation : les exceptions ne doivent pas être étendues. Si on peut revenir à la règle, il faut laisser de côté la dérogation. On ne fait que mieux assurer les principes du statut personnel, loin de les mutiler, puisqu'on donne effet aux lois générales sur l'état et la capacité; on écarte les exceptions particulières.

On ajoute : la règle de la non extension des incapacités spéciales doit d'autant plus être observée, que celles-ci peuvent facilement être ignorées des tiers. On se rend compte de l'état général de celui avec qui on passe un acte; mais les tiers ne peuvent connaître les dispositions particulières qui se trouvent dans telle législation. Il faut donc restreindre autant que possible l'application de ces incapacités, et rentrer dans la règle générale, sitôt que l'occasion s'en présente.

Nous pouvons répondre : ces incapacités dont il s'agit ne sont pas des dérogations à l'état général de la personne, mais constituent des éléments de cet état, au

même titre que les éléments plus favorables qu'on a considérés comme composant l'état général. L'état de toute personne se compose de certaines qualités actives ou passives, bonnes ou mauvaises; elles consistent en capacités ou en incapacités, dont l'ensemble constitue l'état. Il n'y a pas à distinguer entre les qualités actives ou passives, pour dire : celles-ci constituent le droit commun, celles-là l'exception. Il s'agit toujours d'éléments qui, en se coordonnant, composent la figure de la personne dans le monde juridique et déterminent le rôle qu'elle est appelée à y jouer.

On confond, dans le système contraire, l'effet et la cause. Il est vrai que l'indisponibilité du bien sera l'effet de l'incapacité spéciale; l'individu est incapable; une portion de son patrimoine échappe à son droit de libre disposition. Ce n'est pas à dire que ce soit en vue de l'indisponibilité que l'incapacité spéciale a été édictée. La principale cause, le résultat premier, c'est la protection de la personne contre elle-même; le législateur veut la prémunir contre telle faiblesse possible, contre tel danger qui la menace particulièrement. Il s'agit là, au premier chef, de dispositions du statut personnel, n'ayant pas pour objet direct la conservation de la fortune.

a) La disposition de l'art 904. est faite dans l'intérêt, non de la famille, mais du mineur, pour le protéger contre les intrigues dont il serait entouré, s'il avait la pleine liberté de disposer par testament. Le législateur n'a pas non plus voulu le mettre dans l'impossibilité de récompenser certains services, d'où résulte une capacité mitigée.

b) L'incapacité pour la femme de mettre son nom au bas d'une lettre de change est édictée pour la protéger; la signature est un acte de commerce exposant la femme à la procédure des tribunaux de commerce, à des voies

d'exécution promptes, à la faillite. C'est pour que la femme échappe à ces conséquences ordinaires que le législateur a fait l'art. 113 du Code de commerce.

c) La loi dit que le malade ne peut disposer au profit du médecin. Pourquoi cette décision ? C'est pour protéger le malade contre des entraînements faciles à concevoir. La prohibition est édictée contre le médecin.

d) *Quid* si la mère, étrangère, capable d'après sa loi personnelle de disposer à titre gratuit au profit de son enfant naturel, sans restriction, instituée pour légataire universel son enfant naturel Français ? La disposition est valable. Le Français, dont les biens sont situés en pays étranger, ne peut jamais gratifier son enfant naturel, même étranger, au-delà de ce qui est réglé par l'art. 757.

Le législateur, sévère au point de vue moral, voulant relever le mariage et réprouver le concubinage, édicte dans l'art 908 (1), une incapacité contre le père naturel.

e) Si la loi étrangère n'empêche pas le mineur de disposer au profit de son tuteur, c'est qu'elle suppose qu'il n'a pas besoin d'être protégé : cette loi s'appliquera en France ; il importe peu que les biens qui font l'objet de la disposition y soient situés. Les mêmes motifs ont inspiré au législateur les dispositions des articles 907 et 909.

f) Nous déciderons aussi que les tuteurs pourront acheter les immeubles de leurs pupilles, les époux ceux de leurs conjoints (450-1595), situés en France, si leur loi nationale leur en donne la capacité,

En résumé, la loi nationale règle la capacité générale de disposer et de recevoir par donation ou testament. Il faut aussi se référer à la loi nationale pour l'application des dispositions qui édictent des incapacités relatives. (907, 908, 909, etc.).

(1) M. DEMOLOMBE. T. I, n° 81, décide, au contraire, que la disposition de l'art. 908 est un statut réel.

g) Plus complexe, plus délicate serait la question de savoir si l'art. 1094 est opposable à des époux étrangers. La jurisprudence (1) juge nécessaire, pour sauvegarder les principes d'ordre public, d'imposer une telle disposition à des étrangers, peu importe qu'ils aient contracté mariage sous l'empire d'une loi étrangère.

L'ordre public est une borne qu'on déplace bien souvent dans le champ du droit international. Nous croyons plus fondée l'opinion de M. Demangeat : « j'incline à voir, dit-il, dans les art. 1094, 1098, de véritables statuts personnels. Ces art. ne sont que des corollaires de l'organisation de la famille et du mariage. Or cette organisation elle-même dépend certainement du statut personnel, sauf le cas où la loi de la situation défendrait d'observer d'autres règles que les siennes. » (2).

Après avoir mentionné ces diverses applications, concluons sur notre question générale.

Si on isole les incapacités spéciales, si on scinde les qualités pour mettre les incapacités dans une catégorie à part, on crée une personnalité qui n'est pas la même que la personnalité primitive qu'on avait en vue :

Il faut appliquer les conséquences d'une règle dont nous avons reconnu le bien fondé au point de vue juridique.

Observons toutefois qu'un acte ne renfermant que des prohibitions individuelles, ne peut former pour le sujet qu'il vise une sorte de statut personnel, dont l'application puisse être réclamée en France par les intéressés ; cet acte est sans valeur hors du territoire où il a été rendu. Ainsi il a été jugé (3) qu'un décret émanant d'un

(1) CLUNET. Journal, (année 82, p. 87).

(2) Traité du dr. int. pr. FÉLIX. T. I, p. 218 (n. a).

(3) 7 mai 1873. Tr. de la Seine. (Journal. An 75, page 20).

souverain étranger, qui établit pour un individu nommé désigné une incapacité spéciale relative à la disposition de ses biens, ne peut avoir d'effet que dans les limites de l'Etat où il est édicté ; il est sans influence sur les contrats passés en dehors de cet Etat, notamment au sujet de propriétés immobilières, situées en France. — Nous retrouverons plus tard cette exception.

III. — *Le principe de la personnalité s'applique aux rapports juridiques de la personne avec les biens situés hors du territoire.*

Une question importante doit être résolue ici : la difficulté naît de la combinaison des §§ 2 et 3 de l'article 3. — En matière de vente d'immeubles appartenant à un mineur étranger, est-ce à la loi de la situation des biens, ou à la loi nationale du mineur, qu'il faut se conformer, en ce qui concerne l'observation des formalités requises par la loi française ? (457, 459, C. Civil. 953, 966. Pr. Civ.)

A. — Pour soutenir l'affirmative, on fait remarquer qu'on est bien dans les termes du § 2 de l'art. 3 : les immeubles, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française.

Il s'agit, ajoute-t-on, de veiller à ce que les intérêts du mineur soient sauvegardés, d'empêcher tout concert frauduleux à son préjudice. La souveraineté territoriale est intéressée à ce qu'on ne commette pas chez elle une spoliation au préjudice d'un mineur étranger.

Boullenois (1) rapporte l'opinion de Burgundus sur cette question ; il l'admet et invoque le droit romain (L. I. *in fine* : *ubi petantur tutores*). Chez les Romains, c'était aux magistrats du lieu de la situation des biens à

(1) BOULLENOIS. Traité des statuts réels et personnels. Observ. IX, p. 150. (Burgundus. Tract. 2^o, n. 12, 14).

nommer aux mineurs des tuteurs et curateurs, par cette raison, lorsqu'il était question de vendre des biens appartenant aux mineurs, il fallait que le décret du juge du lieu de la situation intervînt. »

On dit enfin que les formalités accompagnant la vente sont des formalités de procédure.

B. — Nous croyons plus fondée l'opinion de la négative. Qu'il s'agisse de formalités précédant et rendant possible la vente (autorisation, homologation etc.), véritables conditions de capacité, ou de formalités extérieures accompagnant la vente (publicité, etc); la *lex tutelæ* s'applique sans distinction. Quelles qu'elles soient, à quelque moment qu'elles se placent, les formalités ont le même but et dépendent d'une seule loi; elles ne rentrent pas dans le statut réel; elles ne constituent pas des formalités de procédure. Un tuteur peut vendre en France de la main à la main les biens du mineur étranger, si la *lex tutelæ* ne prescrit aucune forme particulière. Cette solution se justifie de la manière suivante :

1° La souveraineté territoriale peut prendre des mesures conservatoires pour empêcher le détournement des biens du mineur; mais doit-elle aller jusqu'à s'immiscer dans l'organisme d'une famille étrangère? Les questions de tutelle relèvent essentiellement de la loi nationale du mineur. Si on consulte cette loi pour savoir si le mineur étranger a la capacité de disposer, n'est-il pas rationnel de la consulter pour connaître les conditions de l'aliénation, les formalités qui précèdent et accompagnent la vente, les autorités qui doivent intervenir?

2° Quoiqu'il s'agisse de biens, c'est en somme une question de protection de personne qui est soulevée. Il ne s'agit pas d'organisation de la propriété foncière; ce n'est pas en étudiant la configuration matérielle du bien qu'on pourra résoudre la difficulté. Il faut sor-

tir de l'immeuble, car les immeubles des mineurs ne diffèrent pas par leur nature de ceux possédés par des majeurs : or les formalités, dont il s'agit, ne concernent que les premiers.

3° On a essayé de faire intervenir la règle : *locus regit actum*. Mais les solennités prescrites pour sauvegarder l'intérêt de certaines personnes, celles prescrites pour la sécurité de la propriété ne sont pas réglées par la loi du lieu où l'acte est fait. Dans sa portée traditionnelle, l'adage qu'on invoque doit être restreint à la forme instrumentaire des actes écrits.

4° L'Etat étranger d'ailleurs est mieux que tout autre à même de déterminer l'étendue de la protection à accorder au mineur, son sujet; il a le droit d'y pourvoir à sa manière.

5° Notre solution évite des difficultés pratiques considérables. Les codes français (civil et pr. civ.) font intervenir des parents pour donner un avis, un conseil de famille pour délibérer cet avis, un tribunal pour homologuer la délibération, un subrogé-tuteur pour contrôler la vente par sa présence. Or le mécanisme de la tutelle est-il organisé partout comme chez nous? Non. On ne connaît pas, par exemple, en Angleterre, le conseil de famille, le subrogé-tuteur; le droit espagnol ne connaît pas l'organisation des conseils de famille. On ne peut introduire dans le gouvernement d'une famille étrangère un rouage qui n'est pas en harmonie avec la loi nationale du mineur. — On répond à cela qu'il faudra s'adresser directement, *et omisso medio*, au tribunal ou à l'autorité compétente pour prononcer en dernier ressort, qu'il faudra ne pas se préoccuper des intermédiaires (conseil de famille, etc.) qui sont sans action légale à l'étranger. Mais ne vaut-il pas mieux ne faire aucune distinction entre les mineurs suivant leur nationalité, suivant, par exemple,

qu'ils sont Anglais, Espagnols, ou Belges? N'est-il pas plus juridique de ne tenir compte que de l'organisation donnée à la famille par la loi nationale du mineur?

En résumé, la question qui se pose est celle-ci. Par cela seul qu'il existe des immeubles, appartenant à un mineur sur le territoire d'un Etat, la souveraineté territoriale peut-elle introduire dans le système de législation consacré par la souveraineté étrangère les dispositions établies par son code, dans l'intérêt des familles nationales pour la protection des mineurs nationaux? Poser ainsi la question, c'est la résoudre; on ne peut y répondre que par la négative. On appliquera la loi nationale du mineur; la *lex tutelæ* doit être une. Comment admettre qu'une tutelle, inaugurée sous le régime de telle loi, puisse, au cours de sa durée, être régie par la loi française?

Nous ne ferons aucune distinction entre les formalités. Le tuteur peut traiter comme bon lui semble, sous sa responsabilité personnelle, presque toujours, sans se préoccuper de la législation en vigueur à l'endroit où les biens sont situés (1).

L'autorité française peut exiger que les formalités prescrites par la loi sous laquelle fonctionne la tutelle soient remplies; mais elle ne peut aller plus loin. Il faut prendre garde, chaque fois qu'il s'agit de droits réels ou d'un bien quelconque, d'exagérer l'empire de la loi territoriale. C'est une tendance de la jurisprudence française. Aujourd'hui toutes les lois relatives aux immeubles n'ont pas le caractère de lois réelles, comme dans l'ancien droit. Les lois relatives aux choses, celles qui

(1) Cf. à notre opinion : consult. anonyme; Journal de droit int. pr. an. 79, p. 271. — Article de M. FIORE (France judiciaire; 83, p. 125.) Cf. Jurisp. etc. : Autriche, arrêt, Cour suprême, 4 janv. 70. Cf. : décision du sénat de Varsovie, Journal dr. int. pr. 76 p. 53; 74, p. 48. Trib. de Vervins, 21 décembre 76. Journal. an. 78, p. 520;

règlent les droits des individus sur les choses dans leur propre intérêt, dans un but de protection, ne sont pas des lois réelles. Or, tel est bien le but des formalités habilitantes ou extérieures, prescrites pour l'aliénation des biens de mineurs. Ce serait méconnaître leur nature que de leur assigner un autre but (1).

Un arrêt récent (2) nous conduit à mentionner une autre application. Cet arrêt a été rendu sur une question, dont la solution se compose d'éléments découlant de la combinaison de plusieurs principes (art. 3, al. 2, statut matrimonial, contrat de mariage, art. 1094). Nous laissons de côté les questions soulevées à l'occasion de l'art. 1094 et de ceux relatifs au contrat de mariage; nous voulons montrer simplement qu'il faut avoir soin de ne pas se tromper sur la portée de l'art. 3, al. 2.

Deux personnes étaient mariées, sans faire de contrat de mariage, dans l'Etat de Virginie, dont elles étaient originaires; le mari mourut en France laissant sa femme, deux enfants, après avoir donné à sa femme par testament la moitié de ses biens pour lui tenir lieu de douaire : d'après la législation de cet Etat, il n'y a pas de communauté entre époux, la femme a droit à un douaire légal, (tiers des biens du mari), ou à un douaire conventionnel (supérieur ou inférieur au tiers). Il s'agissait de savoir quel était l'effet en France de la disposition faite par le mari (celui-ci avait acheté un immeuble situé en France). L'art. 3, al. 2, devait-il recevoir son application ? Nous ne le croyons pas : la disposition faite par le mari devait recevoir son exécution sur l'immeuble, sans que l'art. 3 al. 2 pût y mettre obstacle. Les immeubles situés en France, possédés par des étrangers, sont régis par la loi française, dit l'art. 3 al. 2; cela ne veut pas dire qu'il n'y

(1) *Contra*, V. Journal de droit intern. privé, consult. anonyme, année 1880, p. 292.

(2) Journal. Année 82 p. 87 (4 Avril 84.)

aura jamais à tenir compte de la loi étrangère; car nous ne pensons pas que le juge français ne doit tenir compte que de la loi française, toutes les fois qu'il ne s'agit pas de l'état, de la capacité de personnes étrangères, ni de la forme d'actes passés en pays étranger (1). L'art. 3 al. 2, ne s'opposait donc pas à ce qu'on fît droit à la réclamation de la veuve. En prétendant avoir droit à un douaire comprenant la moitié des biens du mari, elle ne réclamait pas un droit dont l'exercice était incompatible avec l'organisation de la propriété foncière en France.

IV. — *Le principe de la personnalité s'applique non seulement aux incapacités provenant de la loi, mais aussi à celles qui découlent d'un jugement.*

Les décisions de l'autorité judiciaire sur des questions de ce genre s'étendent hors du territoire. Elles constituent les éléments de l'état de la personne. Un jugement d'interdiction modifie l'état et la capacité. Les motifs pour lesquels on admet que les incapacités suivent la personne partout où elle se trouve, s'appliquent aux incapacités qui résultent des jugements. On ne conçoit pas qu'il puisse y avoir scission dans l'état de la personne. Tel individu, en franchissant la frontière, ne peut se dégager des entraves mises à sa liberté d'action par un jugement qui prononcerait l'interdiction.

Même autrefois, dans l'ancienne jurisprudence, les jurisconsultes, opposés à l'extension du statut personnel, décidaient que les incapacités découlant d'un jugement suivaient la personne partout où elle se trouvait.

(1) C'est ce que dit la Cour de cassation dans un arrêt du 20 février 82 S. 82. 1.145 (note de M. Labbé), voici le considérant :

Attendu, en droit, que la promesse d'égalité faite par X... dans le contrat de mariage de son fils, fût-elle considérée par la loi allemande comme contraire à l'ordre public, n'en devait pas moins en l'état des faits précités, être tenue pour bonne et valable par le juge français, *celui-ci n'ayant à tenir compte que de la loi française, quand il ne s'agit pas de l'état et de la capacité de personnes étrangères ou de la forme d'actes passés en pays étranger.* »

Nous lisons dans Boullenois (1). « Ainsi, voit-on que, si le juge du domicile qui est la loi vive, interdit son sujet comme furieux, l'effet en est universel et s'étend même au regard des biens placés hors du territoire du juge qui a prononcé l'interdiction. »

Les deux Voet (2), partisans de la réalité, admettaient le même principe.

Les jugements étrangers, relatifs à l'état, modificatifs de capacité, n'ont pas besoin d'être rendus exécutoires en France, pour que l'incapacité ou la capacité juridique de la personne soit reconnue telle que l'ont établie ces jugements. La question est toutefois controversée. Mais nous croyons que ces jugements doivent être acceptés tels quels par l'autorité française sans aucune révision, ou sans nécessité de *pareatis* (3).

I. Déjà Boullenois s'exprimait de la façon suivante : Si un Français est jugé en France être prodigue, s'il est jugé en démente, s'il est jugé noble ou roturier, majeur ou mineur, il doit être regardé comme tel dans toutes les juridictions du monde. Les jugements ne sont pas sujets à examen. » (4).

II. Si on consulte les travaux préparatoires, on verra que, lorsqu'on a fait l'article 2123 du C. civil, qui décide que les jugements rendus par les tribunaux étrangers ne peuvent conférer en France l'hypothèque judiciaire... les rédacteurs (5) expliquèrent la portée de cette disposition.

Réal (exposé des motifs), Favard (discours au conseil

(1) BOULLENOIS (œuv.), T. I, p. 173.

(2) Jean Voet. Comm. des Pand. Liv. 27. 1. §§ 10, 11.

(3) Sic. Tr. cor. de la Seine, 26 décembre 82. Journal dr. int. pr. an 83, p. 51.

(4) T. I. Traité de la personnalité ou de la réalité des statuts. page 603.

(5) LOCRÉ. Fragments. T. 10. Pages 188 et 207.

d'Etat), sont d'accord pour proclamer le principe : La force exécutoire est refusée au jugement étranger, seulement, lorsqu'il s'agit d'une exécution forcée; qui exige l'intervention d'officiers publics; institués par le gouvernement français, ceux-ci ne sont tenus d'obéir qu'à l'ordre émanant de la souveraineté française. Ces auteurs donnent ce seul motif. Or pour les jugements, dont nous parlons, est-il nécessaire qu'un agent, désigné par la loi, use des pouvoirs qu'elle lui confère, pour forcer le condamné à exécuter tel acte ? Non ; le jugement n'ordonne rien ; il est constitutif d'état, modificatif de capacité ; on ne conçoit pas l'intervention d'un officier public ; l'article 2123 n'a rien à faire ici.

III. Beaucoup de faits, constatés par une autorité quelconque, doivent être considérés comme vrais dans un autre pays. Si on ajoute foi à la constatation d'un fait par l'autorité administrative, pourquoi ne pas accorder la même créance à une constatation de faits découlant de l'autorité judiciaire ? Au fond, c'est la même chose ; les conséquences légales découlant de ces deux sortes de faits découlent directement de la loi, et doivent suivre partout la personne. Ces jugements se confondent avec le statut personnel dont ils sont devenus un élément.

L'art. 3 est général. Or les jugements, dont il s'agit, sont constitutifs de la personne, constatent des qualités essentielles. Il n'y a pas de raison de distinguer entre une incapacité qui est prononcée immédiatement par la loi personnelle et une incapacité, qui sans doute a eu besoin d'être déclarée par un tribunal, mais que ce tribunal n'a déclarée que comme organe et instrument de la loi personnelle. Il s'agit ici de constater l'existence du jugement étranger, non de l'exécuter, *stricto sensu*. Il s'agirait de l'exécuter, si, par exemple, en vertu de ce jugement, un tuteur prétendait faire détenir un étranger

dans une maison d'aliénés. Cet acte d'exécution nécessiterait le concours de la justice française.

IV. Il y a une différence essentielle entre les jugements dont nous parlons et les jugements ordinaires. Ceux-ci confèrent à la personne qui gagne le procès un droit individuel qui n'appartient qu'à elle. Ceux-là sont caractérisés par ce fait qu'ils ne confèrent à la personne qui les a provoqués aucun droit individuel. Le demandeur n'a, pour ainsi dire, été que l'organe, le représentant de l'intérêt général.

C'est à tort, croyons-nous, qu'un arrêt de la Cour de Pau (1) rappelle que les textes relatifs aux jugements rendus par des autorités étrangères sont conçus en termes généraux et s'appliquent aux décisions « constitutives de la personne. »

« S'il est constant, dit la Cour, que l'état d'une personne est régi par la loi de sa nation, et si la conséquence en est que les tribunaux français doivent, le cas échéant, juger, d'après les lois étrangères, les questions relatives à l'état des étrangers, il ne s'ensuit pas qu'ils doivent nécessairement accepter le jugement que les tribunaux étrangers ont porté sur cet état, ni moins encore que ces jugements aient par eux mêmes en France l'autorité de la chose jugée. »

Selon nous, l'autorité des jugements étrangers en France n'a rien à faire dans la question. Un tribunal constate un fait, la prodigalité, la folie, etc.; puis la loi intervient et règle l'état nouveau que revêt la personne par suite de la constatation du fait. Cette loi doit servir de règle en France, même dans celles de ses conséquences concernant les biens, à moins de retomber dans les distinctions qu'on

(1) 17 janv. 1872. D. 75, 2, 193, la Cour de Pau vérifia une sentence du juge du district de Pampelune, qui avait constaté une paternité naturelle.

faisait dans l'ancien droit. Le jugement ne fait qu'établir une situation légale qui s'impose à l'interdit ou au prodigue par l'effet seul de la sentence et devient la règle de tous ceux qui voudraient contracter avec l'individu.

La conséquence, à laquelle aboutit la doctrine de la Cour de Pau, montre qu'il faut s'en écarter. En effet, les tribunaux français, d'après la jurisprudence, sont incompétents pour juger une question d'état entre étrangers ; si la jurisprudence était logique avec elle-même, elle devrait décider que les tribunaux ne peuvent réviser un jugement rendu à l'étranger sur une pareille question ; il en résulte alors qu'un étranger, renvoyé dans son pays pour y faire statuer sur son état par les tribunaux, et revenant en France avec le jugement qui a été rendu, s'y trouvera sans état (1).

On a fait l'objection suivante : comme conséquence de la théorie opposée, il faut admettre que les représentants légaux de l'incapable pourront se prévaloir du jugement comme titre de leurs fonctions pour administrer des biens situés en pays étranger. Le tuteur de l'individu, interdit en Belgique, pourra prétendre gérer la portion de patrimoine située en France. Cette conséquence, dit-on, prouve qu'il s'agit de rendre, en ce cas, le jugement étranger exécutoire sur les biens et non de constater simplement un fait. On voit en mouvement l'activité du représentant de l'incapable. Il faut l'intervention de fonctionnaires publics ; or ceux-ci ne sont pas tenus d'obéir.

L'objection est spécieuse : il ne s'agit plus ici évidemment d'une déclaration platonique ; il faut apprécier les conséquences légales du fait constaté. Mais on détourne le problème de son véritable terrain : lorsqu'il s'agit

(1) V. Jugement du Tr. de la Seine du 18 août 1882 (Journal 1882, p. 620).

d'examiner les conséquences du jugement à l'égard, non plus de l'incapable, mais de son représentant, il faut placer la question sur le terrain du mandat. Or, à ce point de vue, il y a une règle qu'il ne faut pas oublier : *locus regit actum*. Les procurations revêtues de la forme prescrite par la loi du lieu où elles se passent ont leur effet partout. Il s'agit ici, non d'une exécution forcée sur les biens, mais d'un effet à donner à une procuration étrangère, d'un problème qui se rapporte à l'apparence d'un acte, à la formalité extérieure. Les représentants de l'incapable peuvent exercer leurs fonctions sur le territoire étranger, sans avoir besoin d'une nouvelle investiture; leur mandat les suit partout. D'ailleurs, l'administration des biens est ici une conséquence de l'autorité sur la personne. Cette administration ne doit pas être confondue avec l'exécution du jugement sur les biens, au sens de l'art. 2123.

S'il s'agit d'un mineur, la *lex tutelæ* régira les pouvoirs du tuteur, qu'il soit légal ou datif. La solution est la même s'il s'agit du tuteur de l'interdit, d'un conseil judiciaire, d'un curateur, etc. La tutelle, une fois organisée, a des effets universels. Constituée sous l'empire de la législation nationale, elle fonctionne de plein droit partout où le pupille a des intérêts. L'unité de la tutelle, l'unité d'administration, tel est notre système (1).

(1) En Angleterre (et en Amérique), on n'admet pas que le tuteur étranger puisse exercer ses pouvoirs sur les immeubles du pupille situés sur le sol anglais; c'est une opinion traditionnelle. — En Autriche, on enseigne que, quand un mineur a des biens immobiliers sur le sol de l'empire, l'autorité autrichienne doit les confier à un tuteur spécial dont les pouvoirs sont déterminés par la loi autrichienne à l'exclusion de la *lex tutelæ*. En Angleterre, la nomination d'un tuteur ou curateur étranger sera prise en considération, en ce sens que les Cours anglaises nommeront le même tuteur à l'enfant étranger, à moins qu'il n'y ait dans l'intérêt du mineur quelque bonne raison d'agir autrement.

Notre conclusion est donc que les jugements rendus à l'étranger, et prononçant une incapacité, seront reçus en France, comme faisant preuve du fait constaté, sans qu'il soit besoin de révision, ni même de *pareatis*.

Quelle est la force de cette preuve ?

D'après quelques auteurs, d'après la jurisprudence, on ne peut invoquer la maxime : *res judicata pro veritate habetur*. En France, seuls les jugements rendus par les tribunaux français sont présumés conformes à la vérité, ceux rendus par les tribunaux étrangers ne sont pas revêtus de la présomption *juris et de jure*. Les jugements dont nous parlons n'auront donc autorité que jusqu'à preuve contraire. Le Français, intéressé à contester le fait déclaré par le jugement étranger, pourra être admis devant l'autorité française à faire la preuve du contraire ; et il ne s'agit de contestation que de la part d'un Français. Pourquoi le même droit n'appartient-il pas à un étranger ayant un intérêt identique ? *A priori* on ne comprend pas bien la distinction : elle s'explique par ce fait que les tribunaux français, dans le système de la jurisprudence, sont incompétents pour juger les procès concernant deux étrangers. Un étranger ne pourrait être admis à contester en France un jugement rendu dans un autre pays et qui interdit un autre étranger (1).

Nous pensons que les jugements étrangers d'interdiction, de mise sous conseil judiciaire, etc., font en France preuve péremptoire du fait constaté. La justice française ne pourrait se refuser à reconnaître une telle force probante. Ces jugements ne peuvent de nouveau être mis en question. Cette solution doit être admise, alors même qu'il s'élève une contestation qui se rattache aux faits constatés. Qui est-ce qui vérifie le mieux l'état

(1) Consulter Colmar, 10 février 1864 64, 2, 122. S.

mental du futur incapable ? C'est le juge national, le juge du domicile. Comment d'ailleurs réviser ce qui a été jugé ? La meilleure source à laquelle puisse se renseigner le tribunal sur l'état mental de l'individu, fera souvent défaut en France : car sera-t-il toujours possible d'y prendre l'avis des plus proches parents de l'étranger, défendeur à l'interdiction, réunis en assemblée de famille ? (494). Le tribunal national pourra aussi, mieux qu'un autre, vérifier les actes de la vie du prodigue. Donc l'état d'interdit, de prodigue, d'absent est prouvé définitivement (1). Le tribunal étranger a jugé que telle personne doit être protégée, parce qu'il a constaté tel fait. Or, d'une part, il est mieux placé que tout autre pour faire cette constatation ; d'autre part la protection de l'incapable doit prévaloir sur tout autre intérêt (2).

En vertu du même principe, si un étranger possède des immeubles en France, sans y avoir son domicile, le tribunal compétent pour déclarer l'absence ne sera pas celui de la situation des biens. C'est au tribunal du domicile qu'on pourra recueillir les preuves et apprécier les causes plus ou moins probables de l'éloignement ou du défaut de nouvelles. Donc celui qui est déclaré absent en un pays sera considéré comme tel en France (3).

(1) MM. AUBRY et RAU admettent une exception en faveur des tiers Français qui ont traité de bonne foi avec un étranger interdit; le juge français, saisi d'une contestation relative à la validité de la convention, pourrait et devrait faire abstraction du jugement rendu à l'étranger, prononçant l'interdiction.

(2) FÉLIX n'admet pas que les jugements rendus à l'étranger sur des questions d'état entre étrangers aient *de plano*, en France, l'autorité de la chose jugée et ne puissent pas être soumis à un nouvel examen (T. II, n° 365). Suivant M. DEMANGEAT (note sur ce n°), le jugement rendu par le tribunal étranger compétent sur une question d'interdiction doit avoir, en France, autorité de chose jugée (lorsqu'aucun Français n'a succombé dans le procès). M. DEMANGEAT considère comme étant encore en vigueur l'art. 121 Ord. 1629.

(3) Reproduisons les motifs d'un jugement du tr. civ. de la Seine, du 26 décembre 1882. (Journal du dr. int. pr. 1883, p. 51), qui for-

APPENDICE

Faut-il, au point de vue de la conséquence que nous étudions, mettre sur la même ligne le jugement déclaratif de faillite et les jugements, dont nous venons de parler, modifiant la capacité de l'interdit, du prodigue, etc. ?

Nous avons admis l'universalité de la tutelle, l'empire presque absolu du statut personnel, en matière de tutelle ? Faut-il proclamer l'unité de la faillite ? Si oui, au nom de quels principes ? Le jugement déclaratif de faillite a-t-il en France autorité de chose jugée ? Est-il nécessaire qu'il soit revêtu de l'*exequatur*, avant de produire en France quelque effet ? Le syndic étranger verra-t-il sa qualité reconnue en France ? Pourra-t-il y exercer ses pouvoirs tels qu'ils lui sont reconnus par la loi étrangère ?

Il est difficile de saisir la jurisprudence française sur les questions nombreuses et délicates que soulève la faillite dans notre matière : même en admettant telle solution, on discute sur le choix des motifs qui doivent l'édifier. Voici en quelques mots l'état de la question et la solution que nous croyons devoir poser, en restant dans les limites étroites de notre sujet :

D'abord, le jugement déclaratif présente des caractères spéciaux qui le distinguent des jugements ordinaires. On

mulent la doctrine générale que nous venons d'exposer : « En vertu du principe posé par l'art. 3 § 3, l'état de l'étranger en France est régi par son statut personnel ; par suite, sa capacité ne peut être, sur le territoire français, différente de celle fixée par la nation à laquelle il appartient, et qui, seule d'ailleurs, a compétence pour statuer à cet égard. Dès lors, les décisions des juges dont il relève, qui modifient sa capacité, lui sont nécessairement et de plein droit applicables en France, comme le serait la loi en vertu de laquelle elles ont été rendues. D'autre part, ces décisions ne sont pas de nature, par elles-mêmes, à donner lieu à des actes d'exécution dans le sens de l'art. 546. C. pr... »

y déroge à la règle : *res inter alios judicata alii neque prodesse neque nocere potest*. De plus un tel jugement ne confère pas au créancier un droit individuel, puisque ce dernier va être mis sur le même pied que tous les autres créanciers.

Or les uns assimilent ce jugement à celui qui prononcerait une incapacité ordinaire (1) et font l'application des règles du statut personnel (jurisprudence belge) (2). Il s'agit bien, dit-on, d'un jugement constitutif d'état, modificatif de capacité.

La jurisprudence française, liée par sa théorie sur l'autorité en France des jugements rendus à l'étranger, est partagée par diverses tendances. Certains arrêts assimilent, d'une façon ingénieuse, le jugement étranger déclaratif de faillite à un simple mandat, valable partout, autorisant l'action du syndic, indépendamment de toute demande en *exequatur* (3). Le syndic pourrait exercer ses pouvoirs en France.

Des auteurs disent : il s'agit de règles du statut réel; le syndic étranger n'aura sur les biens situés en France que les pouvoirs déterminés par la loi française. Il n'y a rien d'étonnant, dit-on, à ce que le législateur n'ait pas admis le système de l'universalité de la faillite. N'a-t-il pas déjà dans un cas, en matière de succession immobilière, consacré la règle : *quot territoria tot patrimonio, tot hæreditates*. On scinde le patrimoine, si les biens dont il se compose sont situés dans plusieurs pays.

(1) FOELIX (t. 1^{er} n^o 89, p. 207).

(2) Voir : Des effets de la faillite déclarée à l'étranger, d'après la jurisprudence belge, par M. HUMBLET. Journal, année 1880, p. 90.

(3) Paris, 22 fév. 72, Sir. 72, 2, 90; Colmar, 10 fév. 64. Sir. 64, 2, 122. contrà : Paris, 31 janv. 73. Journal, 74, p. 242.

Nous croyons qu'il faut dégager la question de tout élément de procuration et de statut.

I. D'abord, les lois sur la faillite n'appartiennent pas au statut personnel, ni au statut réel. Le failli, d'une part, n'est pas juridiquement un incapable. Le législateur n'a pas eu pour but de le protéger; il n'a eu en vue que le crédit général, que viendrait détruire l'état d'un commerçant qui cesse ses paiements, si des mesures n'étaient pas prises pour assurer une égalité proportionnelle entre les nombreux créanciers; il a voulu une liquidation prompte. Le failli conserve sa pleine capacité civile personnelle, pourvu qu'il ne porte pas atteinte au gage des créanciers; il est non pas incapable, mais des-saisi. Il est si peu incapable, qu'il ne peut invoquer l'indisponibilité, qui ne frappe ses biens que dans l'intérêt de la masse, ni se prévaloir des nullités des art. 446, 447, 448 du C. de com.; son état n'est modifié que parce que certaines déchéances l'atteignent : en France, notamment, des déchéances politiques; impossibilité d'être agent de change ou courtier, d'être admis à l'escompte par la Banque de France; exclusion de la Bourse. Mais on ne peut aller plus loin; ses contrats l'obligent, il n'est pas incapable d'ester en justice.

II. D'autre part le patrimoine est un comme la personne. « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers, immobiliers, présents et à venir. » (art. 2092). Les tiers qui ont contracté n'ont-ils pas considéré l'ensemble des biens? Il y aura donc une masse unique de biens, qui sera une des bases du calcul du dividende.

III. Sans doute, le Code a admis une scission peu juridique, en proclamant, en matière de succession immobilière, la règle : *Tot hæreditates quot territoria*. Mais pourquoi reproduire ici un adage, qui ne s'explique, en

matière d'hérédité, que soit par des considérations d'ordre politique découlant de la souveraineté, soit par la tradition ? Il faut s'estimer heureux de pouvoir revenir à la règle de l'unité du patrimoine, puisque la tradition et les mêmes considérations n'imposent pas la même anomalie. Boullenois déjà disait (1) : Si un homme a une boutique ouverte en différents endroits, et qu'il fasse dans un endroit un commerce différent de celui qu'il fait dans un autre, on a demandé si les créanciers qui ont prêté dans un endroit viendront indifféremment à contribution sur tous les biens, ou si les créanciers de chaque endroit seront payés uniquement sur les meubles qui se trouveront en cet endroit, et notre auteur est pour la contribution, par la raison qu'un créancier qui prête, prête sur tous les biens du débiteur. » D'après nous, les motifs qui font admettre l'unité, l'indivisibilité de la faillite, lorsque le failli possède plusieurs établissements dans le même pays (2), doivent entraîner la même solution, si les biens existent dans divers pays.

IV. D'ailleurs, notre solution est conforme à l'esprit de la loi : Établir pour une même masse de biens plusieurs administrations indépendantes, susceptibles de se contrarier réciproquement, et fonctionnant d'après des règles distinctes, c'est aller à l'encontre du but de la faillite. Il faut l'unité de l'administration sous la direction unique du syndic ; il faut une unique répartition de l'actif entre tous les créanciers, quelle que soit leur nationalité (3).

(1) Traité des statuts. Tit. 2. Chap. V. Obs. 30, t. 1, p. 819.

(2) M. BEUDANT, note sous l'arrêt du 30 août 1867-68, 2. 413. .D BOISTEL. Précis de dr. comm., page 631.

(3) Seule l'intention préméditée de favoriser les nationaux a pu faire juger (tr. comm. Seine, 29 juin 81) ; que, malgré un jugement déclaratif de faillite rendu à l'étranger, les poursuites individuelles des créanciers français, alors même qu'ils auraient produit à cette faillite, n'étaient pas suspendues en France.

Le tr. de commerce de Marseille avait mieux jugé, selon nous, en déclarant la suspension des poursuites individuelles des créanciers en France.

Tr. de comm. de Marseille, 7 décembre 76. Journal dr. int. pr. an. 77, p. 423. *Contra*. BORDEAUX. 2 JUIN 74. S. 75. 2. 37.

V. Il ne peut y avoir qu'une déclaration de faillite, puisqu'il n'y a qu'une personne juridique. Qu'importe que celle-ci ouvre plusieurs établissements, trafique en divers lieux ? Cette pluralité ne multiplie pas la personne. Et qu'on n'objecte pas que les lois qui ont organisé la faillite constituent des lois de police et de sûreté, et que les créanciers français ne pouvant être privés de droits puisés dans de telles lois, ont le droit de faire déclarer la faillite en France, ce qui équivaldrait à un refus d'exequatur du jugement déclaratif rendu à l'étranger. Les lois sur la faillite ne touchent pas à la conservation de la société. L'ordre public n'est pas directement en jeu (1). On peut aussi renoncer à l'art. 14 du c. c., qui ne constitue qu'une faveur d'ordre privé.

En résumé, le législateur ne se propose ni de déterminer la capacité des personnes, ou de protéger un incapable, ni de régler la condition juridique des biens, leur transmission, ou de fixer au mieux des intérêts généraux la manière d'être des choses ; de plus, en lui même et principalement le jugement déclaratif ne comporte aucune mesure d'exécution soit contre la personne, soit contre les biens. Comme les jugements rendus à l'étranger, il a en France l'autorité de chose jugée. Il n'est même pas nécessaire, pour qu'il produise effet, qu'il soit revêtu de l'exequatur ; la formalité n'est exigée que lorsqu'on est en présence, non plus d'une mesure conservatoire, mais d'une véritable mesure d'exécution (2).

Selon nous, il n'y a aucune distinction à faire entre le cas où l'étranger a son domicile ou sa résidence en France et le cas contraire. Dans la première hypothèse,

(1) *Contra*. Jug. du Tr. civ. Seine, 26 juillet 77. (*Rev. crit. an.* 77, p. 723).

(2) CARLE : (*La faillite dans le dr. int. pr.*) pages 59 et 80 ; note 92 (DUBOIS).

une seconde déclaration de faillite ne peut suivre, en France, celle qui résulte du jugement rendu à l'étranger. S'il n'y a pas de succursale en France, si l'étranger n'y a pas son domicile ou sa résidence, le jugement déclaratif de faillite rendu à l'étranger doit être reçu en France.

Le créancier Français pourrait-il, s'armant de l'art. 14 du C. C., attirer en France son adversaire étranger qui n'y réside pas et réclamer la déclaration de faillite ? Non. Les art. 438 du C. de com. et 59 Pr. civ. écartent l'article 14 (1), qui doit être restrictivement interprété ; car les privilèges sont de droit étroit. Pourrait-il, s'armant de l'art. 3, faire triompher la même prétention ? Mais, dans l'hypothèse, quand même on reconnaîtrait, ce qui est discutable, le caractère de loi de police et de sûreté à la loi sur les faillites, comme l'étranger n'habite pas en France, cette disposition de l'art 3, § 1, ne pourrait lui être applicable (2).

(1) GLASSON (Compét. des tr. fr. entr. étr). Journal du dr. int. pr. an. 81, page 126.

(2) Art. de M. Ripert. — Quelques questions sur la faillite, dans le dr. int. pr. Revue crit. an. 77, p. 723.

CHAPITRE V

EXCEPTIONS QUE COMPORTE LE PRINCIPE DE LA PERSONNALITÉ

— Il convient maintenant d'examiner si le principe de la personnalité, dont nous venons d'étudier la portée, les effets, comporte des exceptions. Nous avons établi que l'intérêt des nationaux seul ne suffisait pas pour justifier une dérogation au principe, qui doit être appliqué dans sa généralité. Les juges ne sont pas institués pour concilier des intérêts. Nous avons combattu la déviation qu'on essaie d'apporter à la règle, sous les diverses formes qu'elle présente, selon les auteurs qui l'appuient de leur autorité. (Valette, Burge, Demolombe, etc.) On peut s'étonner de l'ampleur avec laquelle la jurisprudence se préoccupe de l'équité, pour favoriser les nationaux, en validant des conventions dans lesquelles est intervenu un étranger, incapable d'après sa seule loi nationale. Cette préoccupation est visible dans les considérants d'arrêts. La jurisprudence tend un peu arbitrairement à faire échec à la loi personnelle de l'étranger pour appliquer la loi française, en cédant à certaines considérations variables suivant les espèces, pour éviter la lésion d'un intérêt.

Nous croyons qu'il ne faut pas admettre une autre exception proposée par M. Demolombe (1). Le savant auteur

(1) Cours de Code Napoléon. T. I (passages relatifs aux statuts ; nos 81, 94, 102, etc.)

dit : Quelques législations européennes ont positivement disposé que les étrangers, dans le territoire qu'elles gouvernent, ne pouvaient pas invoquer leurs lois personnelles. D'autres législations, tout en consacrant la règle contraire, y ont admis certaines modifications dans l'intérêt des nationaux ; or, il est facile de comprendre que le principe, à cet égard, n'étant pas chez nous formulé dans un texte, l'application en sera nécessairement faite avec plus ou moins d'extension, suivant l'état de la législation du pays à laquelle l'étranger appartiendra. » Ainsi on serait plus favorable à l'Italien qu'au Russe dont la législation admet la territorialité.

Nous pensons que le principe de la personnalité, pour être déduit seulement d'un texte de loi, pour n'être pas formulé d'une manière expresse, n'en a pas moins une autorité qui ne varie pas suivant la nation à laquelle l'étranger appartient et qui est celle qu'ont tous les principes de droit une fois établis.

Posons maintenant les exceptions qui, selon nous, doivent être reconnues.

Première exception. — Le principe de la personnalité, en général, n'est pas applicable, lorsqu'il s'agit d'effets de commerce négociables par voie d'endossement. (1)

Les considérations qui ont guidé la jurisprudence française sont d'un intérêt supérieur à l'intérêt des nationaux. Certaines législations ont cru nécessaire d'inscrire dans un texte de loi cette exception ; la jurisprudence a atteint le même résultat.

L'exception, que nous mentionnons, doit être certainement admise, lorsqu'on se trouve en présence de tiers porteurs absolument de bonne foi, et lorsque l'étranger

(1) 17 juin 1834, 15 octobre 1834. (Sir. 1834. 2 p. 371 et 657). 10 juin 1879. (Le Droit du 30 septembre 1879).

aura signé le billet en se donnant comme domicilié en France.

Il y a surtout une raison pratique d'une haute importance. Les effets, négociables par voie d'endossement, font l'office de monnaie et se transmettent de la main à la main avec la même facilité que la monnaie. Au point de vue des conséquences, il convient d'assimiler complètement la lettre de change à la monnaie. Cet effet de commerce contenant l'engagement pris envers un porteur quelconque et garanti d'une manière particulière de payer une somme d'argent déterminée, est une espèce de papier monnaie. Il s'en rapproche encore davantage en Allemagne, en Angleterre qu'en France ; car, dans ces pays, la lettre de change est séparée de sa cause naturelle, comparable en cela à la stipulation romaine qui tenait lieu elle-même de cause.

D'ailleurs, en pratique, il serait impossible de faire le commerce avec une solution différente. On ne peut condamner les tiers porteurs à s'enquérir de la capacité des différents signataires qui ont apposé leur nom, antérieurement au leur, surtout lorsqu'ils ont tous déclaré qu'ils sont domiciliés en France. Le tiers porteur, qui reçoit cette valeur en paiement, ne peut vérifier toutes les signatures ; en supposant une lettre de change, endossée huit ou dix fois, pendant le temps que durerait l'examen, l'échéance arriverait. On a voulu accélérer les échanges commerciaux, favoriser le crédit : c'est donc une exception favorable.

Conformément à cette solution, la Cour de Paris (1) a décidé que l'accepteur étranger, majeur d'après la loi française, incapable d'après sa loi nationale, ne peut

(1) Paris, 40 juin 79. Arrêt déjà cité.

opposer la nullité de son acceptation à un tiers porteur de bonne foi.

On a trouvé bon, en Allemagne, de consacrer législativement cette solution, désirable, parce qu'elle favorise le crédit.

Art. 84 (1). — La capacité d'un étranger pour s'engager par lettre de change est déterminée par les lois de sa nation. Mais un étranger qui s'engage par lettre de change en Allemagne, est obligé valablement dans ce pays, s'il peut contracter ainsi d'après les lois allemandes, lors même que les lois de son pays ne le lui permettraient pas. ». — L'article 95 de la loi hongroise reproduit les dispositions de cet article.

Deuxième exception. — Les incapacités qui dérivent de condamnations prononcées en matière criminelle, *lato sensu*, sont restreintes dans les limites du territoire appartenant à la souveraineté qui a prononcé le jugement.

Ces incapacités ne suivent pas la personne; les peines sont essentiellement territoriales; le droit de punir n'appartient à la souveraineté que dans les limites du territoire. Au-delà, son droit est en concours avec le droit parallèle de la souveraineté voisine et cesse par cela même; les souverainetés sont égales et indépendantes les unes des autres.

D'après ce que nous venons de dire, nous supposons que l'incapacité, la privation des droits civils est la conséquence légale, et l'accessoire d'une condamnation à une peine. On a dit cependant qu'elle était une modification dans l'état, et ne formait pas l'objet direct de la condamnation. Mais, en fait, elle résulte de plein droit des peines auxquelles la loi a attaché cet effet. Si le magistrat prononce la peine, sans prononcer toujours expres-

(1) Loi générale sur les lettres de change, du 24 nov. 1848.

sément l'incapacité, néanmoins la condamnation a un double caractère; elle est afflictive et pénale, et frappe l'état-civil du condamné en modifiant sa condition juridique.

Toutes les déchéances accessoires, interdiction totale ou partielle de droits civils, dégradation civique, infamie, doivent être considérées comme des peines. La condamnation accessoire, même encourue de plano, est toujours une condamnation. Nous ne ferons aucune distinction, et nous ne rechercherons pas si l'élément civil semble parfois prédominer, pour-reconnaître une force expansive aux dispositions du jugement (1). Sans doute, il y a là un résultat qui choque la raison : un étranger condamné en France sera frappé des mêmes déchéances qu'un Français. Condamné dans son pays, il sera capable en France.

L'hypothèse suivante se présente quelquefois : Quel est l'effet, en France, de condamnations (criminelles) prononcées à l'étranger contre un Français? Quelques auteurs ont essayé de soutenir que les incapacités devaient suivre le condamné partout, comme le suivent les incapacités résultant de jugements civils (2). M. Fiore voudrait étendre aux matières criminelles une procédure organisée seulement en matière civile, c'est-à-dire l'instance en *exequatur*; mais les matières pénales ne comportent pas l'interprétation extensive des lois par analogie. Nous pensons que, dans toutes les hypothèses, l'exception doit être reconnue d'une manière absolue. Les principes du

(1) BROCHER. Cours de dr. int. pr. p. 172.

(2) Voir : FOELIX et DEMANGEAT, t. II, p. 314. DEMANGEAT, note sur le n° 604.

D'après BOULLENOIS (Traité, t. I, obs. 4, p. 64), l'état de mort civile ou la tâche de l'infamie accompagne le condamné partout où il se présente. DEMANGEAT trouve l'opinion de BOULLENOIS seule conforme aux principes. — D'après BERTAULD : Les incapacités civiles résultant de condamnations de juridictions étrangères, contre un étranger, le suivent sur le territoire français et y ont effet (Q. pratiq. n° 159, p. 129).

droit pénal et du droit international s'opposent à ce qu'on accepte les restrictions qu'on veut faire subir à notre exception pour rentrer dans la règle. Si la loi était à faire, nous croyons, avec un savant auteur. M. Dubois, qu'on pourrait établir au profit du condamné la faculté de demander la révision au fond, distinguant ainsi les jugements criminels des jugements civils étrangers, qui ont, à notre avis, autorité de chose jugée en France, sans qu'il soit nécessaire de réviser au fond. Seule, une instance en *exequatur* est indispensable, quand il s'agit de procéder à un acte d'exécution *stricto sensu* (1). L'art. 37 du Code pénal allemand (1870) contient une disposition prévoyante à cet égard : Toutes les fois qu'un Allemand aura été puni, en pays étranger, pour un crime ou un délit emportant ou pouvant emporter, d'après les lois de l'empire, la privation des droits civiques en général ou de certains droits civiques en particulier, la poursuite pourra être reprise à l'effet de faire prononcer la privation de ces droits. »

Troisième exception. — Les déchéances ou incapacités ayant un caractère politique et provenant de l'application de lois de proscription ne sont pas applicables sur les territoires étrangers, et sont restreintes dans l'étendue de la souveraineté qui a prononcé la déchéance.

On peut rattacher cette exception au principe de non intervention. En règle générale, les Etats ne doivent pas se préoccuper de ce qui se passe dans les autres Etats, ni s'immiscer dans leurs affaires intérieures et extérieures. Les déchéances politiques prononcées par un gouvernement sont une affaire particulière de ce gouvernement et ne concernent pas les autres Etats, qui n'ont pas à en examiner le bien fondé, ni à les appliquer. Ils doivent

(1) Article anonyme. Journal de droit, int. pr. an. 78, p. 490.

s'en tenir au droit commun; sans cela on arriverait à des conséquences contraires aux lois de l'humanité; il n'y aurait plus de refuge sûr (1).

Quatrième exception. — Il nous reste à étudier une dernière exception reconnue par tous les auteurs par la jurisprudence et par les législations étrangères. On la formule à peu près partout de la même manière : nous voulons parler de l'ordre public et de son action restrictive, c'est-à-dire de l'échec qu'il fait subir à la loi personnelle, lorsqu'il se trouve en conflit avec elle. Là où cette règle n'est pas formulée législativement, la doctrine arrive à l'établir.

Voici comment la législation italienne notamment la formule. Art. 12. « Dans aucun cas, les lois, les actes, les sentences d'un pays étranger, et les dispositions et conventions privées ne pourront déroger aux lois prohibitives du royaume, qui concernent les personnes, les biens, ou les actes, ni aux lois relatives en quelque manière que ce soit à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. »

Si c'est une affirmation trouvée partout que l'application du statut personnel cesse d'être obligatoire, lorsqu'elle aurait pour conséquence de violer un principe reconnu dans un pays comme étant d'ordre public, il s'en faut de beaucoup que l'interprétation soit la même en tous lieux. La formule paraît claire, évidente; on ne songe pas à la contester; les auteurs donnent des exemples pour l'élucider; ces exemples sont acceptés; mais si on la creuse, on reconnaît qu'elle est vague. En réalité, on ne fournit aucun *criterium* pour distinguer ce qui est d'ordre public.

I. — Le vague existe d'abord au point de vue de la définition. L'ordre public est une chose assez variable

(1) Paris, 16 janvier 1836. Sir. 36. 2, 76.

selon la latitude où l'on est placé. Si les dispositions d'ordre privé ne sont pas uniformes dans tous les pays, celles qui ont trait à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ne le sont pas davantage, et portent l'empreinte du peuple pour lequel elles ont été édictées; les lois restrictives sont tirées par un peuple d'un ordre public à son usage particulier. Les nations les plus civilisées conçoivent différemment l'intérêt des bonnes mœurs. Ce qui est ordre public en France peut apparaître comme désordre dans un autre pays. Les principes, en vigueur dans un lieu, peuvent ne pas imposer à l'acte, intervenu sous l'empire de la législation de ce lieu, le stigmate de l'immoralité qui le marquera plus loin; aucune nation ne peut dire qu'elle possède le monopole de la moralité.

Le Code ne contient aucune disposition se rapportant directement à l'ordre public international. Aussi les définitions ont varié, les dissidences n'ont pas fait défaut.

Les considérations d'importance supérieure, qui mettent obstacle à la prolongation en France d'une loi étrangère, peuvent se grouper sous plusieurs chefs. Il faut tenir compte des idées morales, religieuses, politiques, économiques, sociales, c'est-à-dire des exigences du pouvoir considéré en lui-même et des intérêts qui lui sont confiés. Nous voyons combien le champ d'application est vaste, combien les éléments, sur lesquels la règle repose, sont divers, mobiles. Il est difficile d'enfermer l'exception, que nous étudions, dans une formule écartant toute controverse. On discute pour savoir si l'ordre public est quelque chose d'absolu ou de relatif, de variable ou d'universel. On n'a pas encore fait, faute d'un *criterium* sûr, la classification des lois qui se rapportent exactement aux choses d'intérêt général et qui doivent avoir une autorité exclusive sur le territoire. C'est en marchant sur le terrain de l'observation des faits qu'on arrivera à établir

un droit uniforme pour cette classification, en résolvant chacun des conflits susceptibles de se soulever entre le statut personnel étranger et le droit public français ; il faudra étudier les circonstances économiques, les conséquences de telle solution, l'influence de telle idée morale, politique, sociale. Le développement de la question sera successif.

Il semble fort facile, mais c'est surtout en théorie, de dire que les lois qui constituent le droit public et social de l'Etat sont celles dont le but est de fixer la forme du gouvernement, de constituer et classer les pouvoirs publics, de déterminer leur étendue et la limite de leur exercice, de défendre les intérêts généraux par des prohibitions ou des obligations réputées nécessaires pour la sécurité et la prospérité de la vie sociale. Mais n'est-on pas porté, par suite d'une interprétation trop large, à faire intervenir un peu partout l'ordre public, à voir partout des lois de police et de sûreté ?

II. — Nous sommes conduit à mentionner un second vice de la formule communément donnée. En réalité, toutes les règles qui concernent le statut personnel seraient des règles d'ordre public : ainsi la loi qui fixe l'époque de la majorité, celle qui déclare la femme soumise à l'autorisation maritale. Lorsque le statut personnel étranger est contraire au statut personnel français, il serait aussi contraire à une règle reconnue en France comme étant d'ordre public. On arriverait à détruire la règle de la permanence du principe de la personnalité, relativement à l'état et à la capacité des étrangers en France. Toutes les fois qu'il y aurait contrariété entre les statuts personnels français et étranger, on dirait : si la loi étrangère est appliquée, l'ordre public français sera violé.

Au premier abord, cette observation paraît fondée. Mais il faut avoir soin de reconnaître qu'il y a deux

sortes d'ordre public. Toutes les dispositions du code civil, auxquelles il ne peut être dérogé par les conventions ou par les dispositions privées des nationaux, par exemple, les lois prohibitives concernant les personnes, les biens, les actes (art. 12 du C. civil italien) forment dans leur ensemble un ordre public spécial, interne, si l'on veut, distinct de l'ordre public international, en ce qu'elles n'appartiennent pas toutes au droit public. C'est un ordre public secondaire, en-deçà des frontières. Ainsi les dispositions pénales qui atteignent les sociétés françaises illégalement constituées (art 13 et 14 de la loi de 1867), ne sont pas d'ordre public international, puisque les sociétés étrangères, autrement constituées, peuvent agir chez nous. La notion de l'ordre public, quand il s'agit du conflit des lois, doit être entendue d'une manière plus restreinte que quand l'application du droit interne est seule en jeu.

III. — Les lois, dont nous parlons, peuvent quelquefois être l'objet de dérogations en vertu des lois, des actes ou des sentences d'un pays étranger. Prenons la règle sur l'intérêt de l'argent : en France, il y a restriction ; ailleurs, il y a liberté. La loi du 3 septembre 1807 est-elle une loi d'ordre public ? Nous ne le croyons pas (1) ; ou du moins, nous dirons que les lois de ce genre ne revêtent pas ce caractère d'une façon absolue, mais seulement pour les prêts faits en France. Pour établir le taux de l'intérêt, il faut tenir compte de certaines considérations, variables selon les pays ; la situation économique, industrielle n'est pas partout la même (2).

Il ne suffit pas de dire qu'une convention régulière et valable, en pays étranger, doit être tenue pour telle

(1) En sens contraire, de SAVIGNY op. cit. T. VIII, p. 273 ; — BERTAULD, Q, pratiq. T. 1, p. 37.

(2) Voir : arrêt, cass. 24 août 1880 ; examen doctrinal par M. L. RENAULT. (Rev. critique, an 81, p., 486).

en France, si son exécution n'y est pas incompatible avec quelque loi prohibitive. Nous ajouterons qu'il faut que le caractère de prohibition soit formel, et que la défense faite touche à un véritable intérêt public. On pourra discuter sur la portée prohibitive de telle loi française : mais le seul reproche de ne pas respecter une prohibition qui ne serait pas motivée par des considérations de moralité publique ou d'économie sociale, etc, n'est pas suffisant pour autoriser les tribunaux français à ne pas tenir compte d'une convention, valable dans un pays, ou à méconnaître la loi personnelle de l'étranger.

Notre conclusion est donc que la division des lois en prohibitives et impératives ne peut servir de criterium général, pour distinguer, dans chaque législation, les dispositions d'ordre public. D'un autre côté, il ne suffit pas, pour écarter l'application d'une loi étrangère, d'établir qu'elle ferait échec à une disposition de notre droit, considérée comme étant d'ordre public, dans le sens de l'article 6.

Il faut dissiper le vague de la formule. Pour la préciser, nous ne substituerons pas une formule à celle dont nous avons critiqué l'incertitude ; nous présenterons diverses applications.

A. — L'étranger ne peut invoquer, dans un autre pays, une qualité, qui, en elle-même, et dans son essence, serait contraire à des principes reconnus comme intéressant directement l'Etat, l'ordre social. Quels sont ces principes ? L'exclusion de la loi étrangère dépend d'une appréciation à faire sur la valeur morale, sociale ou religieuse de la disposition.

Une nation a le pouvoir de se prévaloir des règles qu'elle juge indispensables pour garantir son existence et assurer la prospérité générale. Si l'étranger, qui reçoit de sa nationalité l'empreinte de sa loi, porte cette empreinte partout où il va, s'il peut et doit compter que

la nationalité, élément de sa personnalité, sera respectée et que application lui sera faite de sa loi nationale, en ce qui concerne son état et sa capacité, c'est à la condition que le droit public de l'Etat, sur le territoire duquel il se trouve, c'est-à-dire le droit qui organise l'Etat et le conserve, demeure inviolé. Il faut respecter l'ordre politique, l'ordre religieux, l'ordre économique, etc. Chaque ordre saisit la société entière, sous une forme particulière. Une atteinte à l'un de ces ordres est une atteinte à la société, qui est une espèce d'organisme complexe, embrassant une variété d'organismes divers. Il faut que le développement de la société, tel qu'une législation le conçoit, se réalise, que sa marche vers les différents buts essentiels ne soit pas entravée. Nous allons voir pour chaque ordre une application.

Toutes les fois qu'on se trouve en présence d'un principe constitutionnel, considéré dans un pays comme formant un des organes vitaux de l'Etat, on ne peut permettre l'application d'une loi étrangère, qui, en battant en brèche l'existence de cet élément, porterait atteinte à l'ordre politique.

a). Les incapacités spéciales, découlant de la différence des religions, sont restreintes dans le pays qui les a édictées et ne sont pas admissibles dans l'étendue d'un pays qui proclame comme principe constitutionnel et d'ordre social, celui de la liberté religieuse, comme en France (art. 10 décl. du 26 août 89). La jouissance des droits civils est indépendante de la confession religieuse. Un Juif, qui, dans son pays, serait privé de la jouissance des droits civils, pourrait s'en prévaloir en France, où se trouve consacrée l'égalité de tous les citoyens devant la loi, sans distinction de religion.

b). Les empêchements au mariage, motivés par la différence des races, la différence des couleurs (Louisiane, art. 95), ne seraient pas reconnus en France.

c). Quelques pays reconnaissent des privilèges nobiliaires qui entraînent des incapacités spéciales pour les individus appartenant aux castes privilégiées. Autrefois, dans certains pays, il était défendu aux nobles de signer des lettres de change : on considérait qu'il y avait incompatibilité entre la qualité de noble et celle de commerçant. Les privilèges nobiliaires sont aussi des règles qui doivent être restreintes dans les pays où elles ont été établies; ils ne pourront être appliqués dans les pays où, comme en France, on considère comme un principe constitutionnel et d'ordre public celui de l'égalité civile. (Art. 1^{er} de la Déclaration du 26 août 1789).

Par application du même principe, la Cour de Paris, en 1850 (1), a refusé de tenir compte d'un rescrit royal, interdisant aux membres de la famille royale de Naples de souscrire des lettres de change.

On ne concevrait pas que le législateur français pût encore admettre en France l'application de règles qu'il a jugées contraires au progrès, à l'ordre social.

d). Les lois qui admettent les substitutions d'une façon générale, ne sont pas applicables à l'étranger en France. Car, sans parler de l'intérêt politique et de l'ordre moral, l'intérêt économique serait atteint : une partie du sol français ne peut être mise hors du commerce par l'application d'une loi étrangère.

e) Il y a des pays où les vœux monastiques emportent pour celui qui les prononce une incapacité générale, la mort civile (en Autriche, par exemple, et il y a quelques années en Italie). Cette incapacité ne suit pas la personne dans un pays qui prohibe les vœux perpétuels, ou au moins ne les reconnaît pas. Il est certain que la règle concernant la profession monastique, l'émission des vœux

(1) Paris, 26 nov. 1850. D. 51, 2, 43.

solennels est un principe d'ordre public. Personne ne peut engager sa liberté à toujours; la liberté humaine est inaliénable: le législateur a posé le principe, c'est un fait qui appartient à l'ordre politique, nous constatons qu'il existe.

f) Un fils naturel Portugais ne pourrait être admis en France à prouver sa filiation paternelle, pour succéder à une personne dont il prétend être le fils, ou pour demander à cette personne encore vivante des aliments, bien que la loi portugaise permette la recherche de la paternité. A tort ou à raison, il y a dans le Code civil un art. 340, auquel on ne peut déroger sous peine de violer les bonnes mœurs, la recherche de la paternité ayant été considérée comme scandaleuse et contraire au repos des familles.

g) A l'inverse, une législation étrangère déclare la femme totalement incapable *propter imbecillitatem sexus*. Mariée ou non, majeure ou mineure, elle ne peut faire aucun acte sans l'assistance du mari ou d'un tuteur. Cette incapacité générale sera applicable en France: le principe de l'égalité entre les deux sexes n'intéresse en rien la sûreté de l'Etat; ce n'est pas un principe d'ordre public, c'est un principe posé avant tout dans l'intérêt privé de la personne, pour la protéger: l'Etat étranger a pu se tromper; mais, en réalité, si le législateur étranger déclare la femme incapable, c'est pour la protéger, il n'y a aucun intérêt politique ou social (1).

(1) La femme suédoise est toute sa vie incapable. Elle sera incapable en France: en tutelle, si elle est fille, soumise à la puissance maritale, si elle est mariée; en curatelle, si elle est veuve. Toutefois, d'après une loi de 1859, la femme suédoise a le droit de faire le commerce en détail, sous certaines conditions. (DEMANGEAT sur FÉLIX, t. I, p. 206 (a); et d'après une loi récente (1874), elle a le droit, mariée, de disposer librement, sans contrôle du mari, de l'argent gagné par son travail, et de ce qu'elle peut acquérir pendant le mariage.

La femme autrichienne n'aura pas besoin de l'autorisation du mari pour accomplir en France un acte quelconque.

La femme anglaise jouira de la même liberté à l'égard des biens dont elle est propriétaire (1).

La femme italienne (2) peut faire une donation en France, si elle est séparée légalement à cause de la faute de son mari.

Posons un deuxième principe qui nous servira à préciser l'exception que nous étudions.

B. — La loi nationale est encore inapplicable, lorsque, tout en étant licite en elle même, elle permettrait dans son exercice d'accomplir un acte réputé délit par la loi du pays où il s'exercerait, ou un acte contraire à un texte prohibitif, lorsque la prohibition est motivée par la réalisation d'un des buts spéciaux, compris dans l'ordre social.

Nous avons vu l'action prohibitive de la loi territoriale s'opposant à l'extension de la loi personnelle de l'étranger avec laquelle elle se trouve en conflit. Chaque Etat ne veut ni ne peut déroger aux principes qu'il considère ou comme moyens de réaliser l'harmonie dans les différents ordres qui composent l'ordre social, tel qu'il le conçoit avec certains préjugés, certaines habitudes d'esprit, ou comme règles communes à tous les hommes et à tous les peuples.

Voici la seconde manière d'opérer pour atteindre le but de l'ordre public et rendre hommage aux principes d'humanité. Il s'agit de l'action restrictive ou limitative de l'ordre public. La loi étrangère s'appliquera; mais ses effets seront subordonnés à l'application simultanée de la loi territoriale; quelques uns seront paralysés :

a) Un père de famille, en son pays, jouit du droit de vie et de mort sur la personne de ses enfants. La qua-

(1) J. du dr. int.... pr. an. 79, p. 273, et page 205, année 1875.

(2) Code italien, art. 135.

lité en elle-même de père de famille sera reconnue en France; mais, dans l'exercice de sa loi personnelle, l'étranger peut aller jusqu'à violer des textes de la loi pénale française; l'homicide constitue un crime. Le père de l'enfant ne peut accomplir en France des actes, légitimes d'après sa loi nationale et découlant de l'exercice d'une qualité reconnue en France, celle de chef de la puissance paternelle.

b) Une pleine capacité à contracter mariage, sanctionnée par la loi nationale des contractants, peut se trouver privée de résultats pratiques en France. Un individu marié, venant d'un pays où la polygamie est admise, pourrait-il, devant l'officier de l'état-civil français, contracter mariage, le premier existant encore? Non; l'état d'homme marié n'est pas une qualité contraire à l'ordre public; il ne viole, par cette qualité, aucun principe considéré en France comme essentiel. Mais, dans son exercice, il viendrait se mettre en contact avec d'autres règles établies par la loi française : la monogamie est de l'essence du mariage, la polygamie est un crime. Les lois pénales s'appliquent indistinctement à tous ceux qui résident sur le territoire.

Si la loi locale s'applique pour empêcher un mariage qui serait permis à l'étranger, en certains cas, à l'inverse, cette loi pourra effacer un empêchement contraire à l'ordre public. Ici, c'est l'action positive de la loi territoriale en contact avec la loi étrangère.

c) Un étranger mort civilement vient demeurer en France, où la mort civile est inconnue. D'après sa loi nationale, il ne pourrait contracter mariage; il le peut en France, la mort civile ne produisant vis-à-vis de la loi française aucun effet juridique. Celle-ci rend à la vie, en France, le mort civilement; son mariage, devenu possible, sera régi par sa loi nationale sous ses divers aspects juridiques. Nous faisons ainsi produire à la loi étrangère,

en France, certains effets qui se produiraient à l'étranger, si on n'y consacrait pas légalement des obstacles qui tombent en France. Pour citer une autre application, un étranger, esclave, devient libre par le seul fait qu'il vient dans un pays où l'esclavage est proscrit. En France, les lois fondamentales ont pour bases la liberté et l'égalité juridique. Cet étranger aura, chez nous, un statut personnel qui sera déterminé par sa loi nationale.

d) Quid s'il s'agit d'un empêchement au mariage naissant de la parenté en ligne collatérale, au-delà du premier degré, ou de l'alliance dans la ligne collatérale ? Deux Portugais, cousins germains, peuvent-ils contracter mariage devant l'officier de l'état-civil français ? A l'inverse, deux Allemands, beau-frère et belle-sœur, veulent se marier en France : l'officier de l'état-civil devra-t-il procéder à la célébration sans demander la production de dispenses par les futurs époux ? La question est très discutée. Pour ne pas sortir des limites de notre sujet, nous nous contenterons d'indiquer la solution que nous croyons devoir admettre.

Selon nous, en théorie, la loi nationale doit être appliquée, sans distinguer si elle établit un empêchement que la loi française ne contient pas (Portugal, mariage entre cousins germains), ou si elle ne reproduit pas un empêchement que la loi française établit (Allemagne, mariage entre l'oncle et la nièce, entre le beau-frère et la belle-sœur). L'ordre public français n'exige pas l'application des art. 162, 163, 164 du C. civil. L'intérêt général n'est pas engagé chaque fois qu'il s'agit d'un empêchement. (1).

(1) La solution pratique n'est pas dans le sens que nous indiquons... Voir circ. minist., 40 mai 1824. Sir. 29. 2.285.

Lettre au Procureur général d'Amiens, 18 juillet 1877, et au Procureur de la République à Cusset, 26 Juillet 1877. (Journal dr. int. pr. an 77, page 573).

C. — Faut-il aller plus loin avec certains auteurs, et dire qu'il ne suffit pas de constater en elle-même ou dans son exercice la disposition de la loi étrangère, mais qu'il faut encore considérer la source de la qualité pour déterminer la capacité (1).

Si la source de la qualité qu'on invoque est contraire à l'ordre public, la qualité qui en dérive ne sera pas reconnue à l'étranger.

Une loi étrangère permet le mariage entre frère et sœur ; les enfants issus de cette union ne seront pas reconnus comme légitimes en France, où ces mariages sont défendus. La qualité invoquée est celle d'enfant légitime. En lui-même et dans son exercice, cet état n'est pas contraire à l'ordre public. Quant à la source de cet état, c'est une union incestueuse, un fait considéré par la loi française comme contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs.

Un enfant naturel portugais a recherché dans son pays sa paternité et a triomphé ; sa qualité ne serait pas reconnue en France.

De même, la qualité de conjoint divorcé, qu'un étranger invoquerait dans notre pays, ne lui servirait pas.

Nous croyons qu'il faut accepter la loi personnelle, sans nous préoccuper d'où dérive la qualité invoquée, pourvu qu'en elle-même, ou dans son exercice, elle n'atteigne aucun principe d'ordre social.

I. Autre chose est laisser créer en France un rapport quelconque qu'on réprouve, autre chose en accepter les conséquences, s'il s'est régulièrement formé à l'étranger. Si un mal a été commis, dans la pensée du législateur français, c'est à l'étranger ; il n'y a pas eu coopération en France. Une résistance absolue détruirait la bonne

(1) Voir DELSOL. *Revue critique*. T. XXXII. p. 487.

harmonie entre les nations. Il y a ici un droit acquis dont le respect est indispensable à la sécurité sociale.

II. Le système contraire arrive à restreindre d'une façon considérable l'application du statut personnel étranger, Dans certaines matières, la loi territoriale devrait toujours l'emporter, et on ne pourrait pas appliquer le principe posé dans l'article 3. Toute question d'empêchement en matière de mariage, est considérée par le législateur comme étant d'ordre public. Les mariages contractés valablement à l'étranger, mais au mépris d'un empêchement édicté par la loi française seule, seraient déclarés nuls en France.

III. Lorsqu'un individu invoque en France une qualité, il invoque ce qu'il est d'après sa loi. Il faut appliquer la loi personnelle : cela veut dire que les juges français sont tenus de constater la qualité de la personne ; ils n'ont pas à l'apprécier, ni à la discuter. Il y a un simple fait qui s'impose.

IV. Notre solution est conforme au droit des gens. Les souverainetés étant indépendantes sont appelées à juger souverainement, sans aucune immixtion étrangère. Lorsqu'une souveraineté a déclaré que tel rapport juridique était valable, elle peut se tromper dans le jugement qu'elle porte ; il n'appartient pas à une souveraineté étrangère de relever l'erreur et d'opposer à cette déclaration sa propre appréciation. C'est aux souverainetés, sous l'empire desquelles le rapport juridique est né, à en apprécier la validité, d'après la loi intérieure. Quant à l'exercice de cette qualité, il faudra considérer si les lois intérieures du pays ne s'opposent pas à toute extension.

V. On conçoit pourquoi un fait contraire à l'ordre public n'est pas reconnu dans un pays : deux raisons justifient cette prohibition. Les lois de police et de sûreté obligent ceux qui se trouvent sur le territoire. Un étranger ne

peut invoquer une qualité de son statut personnel, pour prétendre, à l'abri de cette qualité, exécuter, en France, un fait défendu par une loi de police et de sûreté. — En second lieu, l'Etat a le droit de se défendre, puisqu'il est une personne. La société, qui repose sur un certain nombre de principes essentiels, a droit d'écarter ce qui pourrait en compromettre l'existence; car un fait contraire pourrait amener un arrêt dans sa marche : c'est l'application du droit de légitime défense. Si nous considérons l'origine de la qualité personnelle, comme M. Delsol, ces deux raisons nous font défaut.

La qualité invoquée, en elle-même et dans son exercice, ne viole, nous le supposons, aucune loi de police et de sûreté, aucun principe nécessaire à la conservation de l'ordre social. C'est une qualité licite que la loi elle-même reconnaît. L'ordre public en France ne peut être lésé par un fait qui s'est passé à l'étranger. Un individu se présente comme homme marié : le fait qui a donné naissance à cette qualité est indifférent en France; ce n'est pas de lui qu'il s'agit. On confond deux faits; l'un, antérieur, est fini, consommé; il a produit ses effets. Il y a maintenant un fait nouveau, ayant évidemment des rapports avec le précédent, mais ne se confondant pas avec lui. C'est le fait actuel qu'il faut apprécier, pour savoir si l'ordre public est lésé.

Ainsi, le jugement rendu à l'étranger et prononçant le divorce entre époux étrangers, produit effet en France (1) en ce sens que l'individu divorcé peut s'y remarier. Il y a, en droit, à ce point de vue, une équation parfaite entre

(1) Voir jug. du tr. civ. de la Seine, 25 janvier 1882. (Journal, 1882, p. 74), à propos d'un jugement rendu par le trib. de Lausanne, entre deux Suisses : « Ledit jugement dans la disposition qui a prononcé le divorce, est devenu en France la loi des époux par sa vertu propre, et sans avoir besoin d'y être déclaré exécutoire. »

le célibataire ou le veuf et le divorcé. L'étranger se présente purement et simplement avec la condition d'homme non marié ; peu importe, selon nous, la source juridique de cette libre situation. — Mais l'époux qui bénéficie du jugement ne peut en poursuivre l'exécution contre son conjoint ou à l'égard de ses biens. S'il voulait faire produire effet à la sentence afin de poursuivre contre son conjoint, résidant en France, un règlement d'intérêts, les tribunaux français devraient le débouter.

Les deux solutions que nous admettons n'impliquent, à notre avis, aucune contradiction ; les prétentions du conjoint divorcé ne sont pas les mêmes dans l'un et l'autre cas ; l'ordre public est en jeu dans la seconde hypothèse. En définitive, l'époux prétend faire compléter par les tribunaux français la dissolution du mariage. Il ne peut rendre exécutoire en France la sentence, parce que sa poursuite suppose que le mariage n'est pas entièrement dissous ; il reste de cette union des traces qu'il veut faire disparaître. Il serait contraire à notre droit public que les tribunaux français pussent parfaire un divorce qui ne se présente pas devant eux à l'état de fait accompli.

D'ailleurs, on ne peut ici faire abstraction du jugement, c'est-à-dire de la source d'où dérive la qualité en vertu de laquelle l'étranger exerce sa poursuite ; il faut nécessairement considérer la sentence, lui donner des effets qui ne peuvent pas se produire sans le divorce. Un jugement, pour être susceptible d'exécution en France, ne doit pas contenir quelque chose de contraire à notre ordre public, soit quant aux voies d'exécution, soit quant au fond du *judicatum*.

Telle est l'étendue de l'exception relative à l'ordre public.

CONCLUSION

POUVOIRS DES JUGES DU FOND ET DE LA COUR DE CASSATION

Il résulte de ce que nous avons établi jusqu'ici que souvent le juge français devra appliquer la loi étrangère. Comment doit-il faire cette application? Nous ne pouvons donner à cette question tous les développements qu'elle comporte : nous la traiterons très brièvement, comme conclusion de notre étude.

D'après un système répandu, la loi étrangère n'est pas obligatoirement connue du juge ; il est censé l'ignorer. A son égard, la loi étrangère est un simple fait qui se mêle aux autres faits du procès soumis à son appréciation et ne devrait pas être traitée différemment. C'est à la partie intéressée à prouver l'existence de la loi étrangère ; c'est à celui qui l'invoque à en apporter le texte traduit et expliqué. Le juge n'est pas tenu d'appliquer d'office la loi étrangère, si les parties n'en parlent pas.

La violation ou la fausse application de la loi étrangère ne constitue qu'un maljugé et non un moyen de

cassation (1). La Cour de cassation, instituée pour maintenir l'unité de la loi française, par l'uniformité de la jurisprudence, n'a pas la mission de redresser la fausse application des législations étrangères. Les arrêts des cours d'appel ne peuvent être cassés pour violation d'une loi étrangère (2).

Ce système, dans son absolutisme, serait la destruction même du droit international privé. Selon nous, l'application de la loi étrangère est obligatoire pour le juge, qui doit la faire d'office. Il y aurait ouverture à cassation au moins dans les trois cas suivants :

1° Lorsqu'un texte renvoie explicitement ou implicitement à la législation étrangère (art. 3, § 3; art. 170, 999 du C. c.; art. 5. I. cr.; Loi de 1844, solidarisant le brevet étranger et le brevet français). Le juge qui refuse d'appliquer la loi étrangère commet un déni de justice; si l'application est fausse, il y a recours à cassation.

2° Si un traité le décide en termes formels.

3° Lorsque l'application d'un principe de droit international privé arrive à mettre en jeu directement ou indirectement un texte de la loi française.

Un arrêt de la C. de cass. du 12 fév. 79 a décidé que la violation d'une loi étrangère résultant de ce qu'une cour française aurait validé un testament authentique passé à l'étranger en contravention avec la loi du pays, peut donner ouverture à cassation, lorsqu'une pareille infraction a pour conséquence la violation d'un texte de la loi française (de l'art. 999, dans l'espèce) (3).

(1) Cass. 31 mars 75. Journal, an. 76, p. 272 : comp. cass. 28 juin 1881. Sir. 81, 1, 409.

(2) Cass. 9 nov. 68, S. 68, 1, 122. Comp. — Cass. 23 fév. 74. Journal, 75, p. 117. Cass. 18 juillet 1876, S. 76. 1, 451.

(3) Journal de dr. int. pr. an. 81, p. 152.

Nous concluons, en disant qu'il ne suffit pas que le juge déclare appliquer la loi étrangère, comme il y est tenu, pour se conformer à la loi française. Le juge, en fondant sa décision sur la loi étrangère, ne la met pas, par cela seul, à l'abri de cassation. La fausse interprétation de la loi étrangère, la violation indirecte de la loi française, donne ouverture à cassation (1). Ainsi, si la loi française édicte au profit d'un étranger une disposition, en la subordonnant à l'existence d'une disposition semblable au profit de Français dans la loi étrangère (telle était autrefois l'hypothèse de l'art. 726 du code civil), l'exacte interprétation de la loi étrangère devra être recherchée pour arriver à l'application de la loi française. Si un tribunal se trompe sur le sens de la loi étrangère, et en conclut par réciprocité que la disposition de la loi française bénéficie ou non aux étrangers, il y a là une violation de la loi française, pouvant donner ouverture à cassation (2).

(1) C. de cass. 24 juin 78. S. 78, 1, 429.

(2) Sic. DEMANGEAT. (Dr. int. T. I, p. 220, note *a*). Voir note de M. LYON-CAEN, sous arrêt de cass. 28 juin 81, 81, S. 1, 409. CONTRA. LAURENT, T. II, dr. civil int. nn 274, 278, 281, pp. 501-509.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Les pactes nus sont une source d'obligations naturelles.

II. — L'échéance du terme ne suffit pas pour constituer le débiteur en demeure.

III. — Lorsque le mari a ouvert une carrière dans le fonds dotal, et que le divorce survient dans la suite, la pierre extraite, même si elle ne constitue pas un fruit, appartient au mari, qui n'a le droit de se faire rembourser par la femme les dépenses d'ouverture de la carrière, que si l'opération a rendu le fonds plus productif d'une manière durable. (Loi 18. pr. *de fundo dotali*; et Loi 7. § 13. *Sol matr.* loi 32. *de jure dotium*.)

IV. — Celsus et Paul professaient des opinions différentes, en ce qui concerne les risques dans l'échange. (Loi 16 Liv. 12. Tit. 4. et Loi 5 § 1, 19, 5 Dig.)

V. — Salpensa et Malaga jouissaient de la cité romaine.

VI. — Les dépenses nécessaires diminuent *ipso jure* la dot; cet adage ne s'entend proprement que de la dot pécuniaire (Loi 5. pr. Dig. *de imp. in res dot. factis*; et Loi 56. § 3. *de jure dotium*).

DROIT FRANÇAIS

DROIT CIVIL

I. — La séparation des patrimoines est un véritable privilège.

II. — L'héritier bénéficiaire peut vendre seul, sans autorisation, les meubles incorporels compris dans la succession.

III. — La caution est subrogée contre le tiers détenteur ; le tiers détenteur n'est pas subrogé contre la caution.

IV. — L'acquéreur d'un immeuble, resté débiteur de son prix d'achat, peut, en empruntant des deniers pour payer le premier créancier hypothécaire inscrit sur l'immeuble, subroger le prêteur dans les droits de ce créancier.

V. — En ce qui concerne les rapports de la personne qui a cédé un droit litigieux avec celui qui a exercé le retrait ou avec le cessionnaire, le retrait opère sans effet rétroactif.

VI. — Une mine concédée, pendant le mariage, à l'un des époux constitue un conquêt, et la communauté doit la redevance au propriétaire de la surface.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

I. — La règle « *locus regit actum* » est impérative.

II. — Les meubles considérés individuellement sont régis par la loi de leur situation, au point de vue de la transmission de la propriété, et des droits réels dont ils sont susceptibles.

III. — La disposition de l'art. 14 du C. civil peut être invoquée par le Français cessionnaire d'un créancier étranger.

IV. — L'art. 14 reçoit son application, lorsqu'il s'agit d'un procès entre un Français et un agent diplomatique étranger, pourvu que l'acte que prétend faire le Français ne soit pas de nature à porter atteinte à l'inviolabilité de la personne et au libre exercice des fonctions de l'ambassadeur.

V. — L'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819, ne s'applique pas entre cohéritiers français.

VI. — Pour résoudre les conflits de législations relatifs à l'hypothèque maritime, qui grève un navire étranger se trouvant dans les eaux françaises, il faut s'en référer à la loi du pavillon.

DROIT CRIMINEL

I. — Les qualités aggravantes de l'auteur, qui affectent la criminalité du fait principal, nuisent au complice.

II. — L'étranger, qui a commis un délit en France, peut encore, après avoir été jugé en pays étranger, être poursuivi devant les tribunaux français pour le même délit.

DROIT DES GENS

I. — L'extradition des nationaux doit être admise.

II. — Pour préciser la situation en France de l'auteur d'un ouvrage publié dans un pays étranger, il faut consulter, non-seulement le traité qui peut avoir été con-

clue par ce pays avec la France, et la législation française, mais encore la législation du pays, où a eu lieu la publication originale.

Vu par le Doyen,
CH. BEUDANT.

Vu par le Président de la Thèse,
A. DESJARDINS.

Vu et permis d'imprimer :
Le vice-recteur
de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

	Pages
INTRODUCTION.	5
CHAPITRE I. — Qui est étranger.	10
Histoire de la condition des étrangers.	
SECTION I. — Période royale.	10
A. — Jusqu'à Servius Tullius.	13
Les Latins	13
Situation des étrangers non Latins.	20
B. — A partir de Servius Tullius.	22
SECTION II. — République	23
Des pérégrins de l'Italie.	23
Des pérégrins des provinces.	29
SECTION III. — Empire.	31
Edit de Caracalla.	
CHAPITRE II. — Quelle est la législation qui s'ap- plique aux pérégrins.	35
De l' <i>Origo et du domicilium</i> .	
CHAPITRE III. — Droits accordés aux étrangers. .	45
SECTION I. — Droits de famille.	48
De la <i>potestas dominica</i>	52
SECTION II. — Propriété et servitudes.	54
Du sol provincial	57

	Pages
SECTION III. — Droits de succession <i>ab intestat et testamentaire</i>	60
SECTION IV. — Donations.	63
SECTION V. — Obligations	65
CHAPITRE IV. — Juridiction compétente.	68
Que doit-on au préteur pérégrin ?	70
Compétence du préteur pérégrin	73
CHAPITRE V. — De la <i>civitas</i>	75
Comment on devient pérégrin	

DROIT FRANÇAIS

HISTORIQUE.	90
Période germanique	91
Période féodale.	91
Les glossateurs	95
Période de l'ancien droit proprement dit.	100
Théorie des statuts	101
Période moderne.	115
CHAPITRE I. — Par quelle loi l'étranger est-il régi en France, quant à sa capacité.	124
CHAPITRE II. — Des personnes dans les rapports desquelles s'applique le principe.	127
<i>Première proposition.</i>	
Tout étranger est régi en France par son statut personnel	127
Des personnes morales.	131
Sociétés commerciales	132
Loi de 1857	133
Autres associations : reconnues à l'étranger, ont-elles en France, une existence légale ?	145

	Pages
<i>Deuxième proposition</i>	164
La loi personnelle de l'étranger sur la capacité régit les rapports juridiques qu'il a soit avec les autres étrangers, soit avec les Français.	
Système de l'intérêt français.	165
Opinion de la jurisprudence	172
 CHAPITRE III. — Portée du principe de la personnalité.	 176
Influence de la loi d'origine et de la loi du domicile sur la capacité	
Système du domicile.	176
Système de la nationalité	178
Hypothèse d'une double nationalité.	184
Absence de nationalité.	189
Influence du changement de domicile ou de nationalité sur le statut personnel.	189
Quelle est en Autriche et en Angleterre l'influence du domicile sur la capacité ?	192
La loi française ressaisit-elle la question, lorsque la loi étrangère, dont celle-ci dépendait, renvoie à la loi du domicile, qui serait la loi française ?	196
 CHAPITRE IV. — Effets du principe de la personnalité.	 197
I. — Habilité ou inhabilité de la personne à faire certains actes.	id.
II. — Capacités et incapacités spéciales	199
III. — Rapports juridiques de la personne avec les biens situés hors du territoire	207
IV. — Incapacités qui découlent d'un jugement	212
 APPENDICE	
Du jugement étranger déclaratif de faillite	220
CHAPITRE V. — Exceptions que comporte le principe de la personnalité.	226

	Pages
<i>Première exception</i>	227
Effets de commerce négociables par voie d'endossement.	
<i>Deuxième exception</i>	229
Condamnations criminelles.	
<i>Troisième exception</i>	231
Déchéances politiques.	
<i>Quatrième exception</i>	232
Effets de l'ordre public.	
CONCLUSION	247
Pouvoirs des juges du fond et de la Cour de cassation.	

